

Sygn. akt: KIO 4173/24

WYROK

Warszawa, dnia 29 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2024 roku przez *wykonawcę PPHU Wspólnota S.C. A.M. M.J. z siedzibą w Skokach* w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Gminę Skoki* przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy *Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu*

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża *PPHU Wspólnota S.C. A.M. M.J. z siedzibą w Skokach* i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez *PPHU Wspólnota S.C. A.M. M.J. z siedzibą w Skokach* tytułem wpisu od odwołania,
kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez *PPHU Wspólnota S.C. A.M. M.J. z siedzibą w Skokach* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 4173/24

UZASADNIENIE

Zamawiający *Gmina Skoki* prowadzi postępowanie pod nazwą „*ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH Z TERENU GMINY SKOKI W LATACH 2025-2026.*”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: nr 2024/S 184-565574, w dniu 20 września 2024 roku.

8 listopada 2024 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 18 ust. 1 i 2 i art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „u.z.n.k.”) przez zaniechanie prawidłowej weryfikacji zastrzeżenia przez Wykonawcę *Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S. A.*, NIP: 896 000 00 26 (dalej: „Alba” lub „Alba S.A.”) jako tajemnicy przedsiębiorcy wykazu instalacji stanowiącego element konstytutywny oferty, w tym przez bezpodstawne przyjęcie, że Alba wykazała, że dokument ten jest nośnikiem informacji, którym przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorcy i w konsekwencji powyższego zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wykazu instalacji (oferty w pełnym zakresie).

Odwołujący wniósł o:

- uznania za bezskuteczne zastrzeżenie przez Wykonawcę *Alba S.A.* informacji zawartych w formularzu ofertowym i załączonym do niego wykazie instalacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k.,
- udostępnienia Odwołującemu ww. wykazu instalacji.

Odwołujący podał, że przysługuje status wykonawcy w Postępowaniu. W skutek ww. czynności i zaniechań zamawiającego, odwołujący pozbawiony jest możliwości zapoznania się z pełną treścią oferty wykonawcy *Alba S.A.*, a także weryfikacji

jej prawidłowości, a w konsekwencji zostaje pozbawiony możliwości pełnej i prawem dopuszczalnej weryfikacji dalszych czynności zamawiającego, związanych z możliwym wyborem, oferty ww. Wykonawcy jako najkorzystniejszej, w szczególności w sytuacji, gdyby kwalifikowała się ona do odrzucenia z przyczyn wynikających z zawartości utajnionej części oferty (np. ze względu na niezgodność oferty z warunkami zamówienia).

Zawartość utajnionego wykazu instalacji zawiera informacje kluczowe z punktu widzenia realizacji niniejszego zamówienia, w sposób zgodny z przepisami prawa oraz warunkami zamówienia, które dopiero ujawnione pozwalają na

zweryfikowanie prawidłowości oferty Alby
w pełnym zakresie.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem jest podmiotem ubiegającym się o zamówienie, którego oferta ulokowała się na drugim miejscu w rankingu oceny ofert, a oferta Alby została zaklasyfikowana na pierwszym miejscu. W konsekwencji Odwołujący ma interes w zapoznaniu się z pełną treścią oferty Alby, poddaniu jej weryfikacji celem ustalenia czy Zamawiający nie dopuścił się naruszeń przepisów P.z.p. w ciągu dalszych czynności proceduralnych czy też zaniechał. Nieuzyskanie wnioskowanych przez Odwołującego informacji udaremni powyższe, w zakresie w jakim winno mieć to miejsce
ze względu na nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorcy przez Albę.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał:

Zamawiający prowadzi Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem stosownie do pkt. 2.1. SWZ jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości pozostających w zorganizowanym przez gminę Skoki systemie odbioru odpadów komunalnych, a także odbiór i zagospodarowanie odpadów z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych zlokalizowanego na terenie miasta Skoki.

W dniu 29 października 2024 r. Zamawiający udostępnił na stronie postępowania informację z otwarcia ofert. Tego samego dnia Odwołujący wystąpił o udostępnienie ofert na podstawie art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy i otrzymał w odpowiedzi dokumenty składające się na oferty Wykonawców, w tym ofertę Alba S.A., w której zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz instalacji. W dalszym toku postępowania Wykonawca zwrócił się z zapytaniem do Zamawiającego co do efektu podjętej przez Zamawiającego weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Alba S.A., otrzymawszy w odpowiedzi informację o podtrzymaniu czynności Zamawiającego (tj. uznania, że tajemnica została zastrzeżona i wykazana skutecznie), co dało asumpt do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej. Dowód: odpowiedź Zamawiającego z dnia 4 listopada 2024 r.

Na gruncie art. 18 ust. 1 i 2 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, co podlega ograniczeniu tylko w przypadkach określonych w ustawie, stanowiących uzasadniony wyjątek od ww. zasady udzielania zamówień publicznych. Jeden z wyjątków określonych w przepisach ustawy ukonstytuowano na gruncie art. 18 ust. 3 ustawy zgodnie z którym: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U.

z 2022 r. poz. 1233), 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

wart. 222 ust. 5.”

Stosownie do art. 11 ust. 2 u.z.n.k.: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu

i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony

do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.”

Z treści powyższych przepisów wynika, że warunkiem skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę w terminie złożenia stosownych informacji, posiadania przez nie wszystkich atrybutów tajemnicy przedsiębiorstwa. Weryfikacja skuteczności wykazania przez wykonawcę wszystkich elementów posiadania przez konkretne informacje cech tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi obowiązek Zamawiającego. Niedopełnienie tego obowiązku lub zrealizowanie go w sposób nieprawidłowy, stanowi naruszenie przepisów ustawy z czym mamy do czynienia

w niniejszej sprawie. Odwołujący stoi na stanowisku, że Alba nie wykazała w sposób skuteczny, że wykaz instalacji zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa,

a Zamawiający w toku czynności weryfikacji tej okoliczności dopuścił się naruszenia przepisów, co skutkowało nieudostępnieniem wykazu instalacji Odwołującemu.

W ramach uwag ogólnych Odwołujący podał:

„Interpretacja art. 18 ust. 3 p.z.p. nie pozostawia wątpliwości, że należyta staranność po stronie wykonawcy przejawiać się będzie tym, że wykonawca, zastrzegając, iż określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jednocześnie wykaze, że faktycznie ją stanowią. Natomiast zamawiający jest zobowiązany do badania i oceny skuteczności dokonanego przez danego wykonawcę zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym do oceny, czy wykonawca w istocie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i czy zastrzegł

je prawidłowo w terminie określonym w art. 18 ust. 3 p.z.p. „Wykazać” oznacza coś więcej aniżeli jedynie „wyjaśnić”. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 18 ust. 3 p.z.p. ogólnikowe wyjaśnienia i niczym niepotwierdzone twierdzenia, że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą itd. Dla wykazania nie wystarczą same deklaracje lub twierdzenia i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, **lecz także udowodnić** czy choćby uprawdopodobnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 2 u.z.n.k.” - P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 18.

Odwołujący podał, że Izba wprost w swoim orzecznictwie wskazuje, dalej idący oraz rygorystyczny pogląd, wskazując Wyrok KIO z 31.01.2024 r., KIO 101/24. Izba również,

w szeregu judykatów negatywnie odniosła się do instrumentalnego zastrzegania przez wykonawców informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wyłącznie w celu udaremnienia konkurentom zakwestionowania zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy przez Zamawiającego. Egzemplifikacyjnie: Wyrok z 28.12.2022 r., KIO/KU 34/22, Wyrok z 4.04.2023 r., KIO 599/23, Wyrok z 20.03.2023 r., KIO 623/23. Odwołujący podał, że z zarysowanej perspektywie normatywnej oraz orzeczniczej, która ustanawia i rekonstruuje wzorzec należytej staranności przy zastrzeganiu i wykazywaniu tajemnicy przedsiębiorstwa, należy odnieść się do kwestii szczegółowych, wykazujących nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przez Albę, w zakresie dotyczącym wykazu instalacji.

Zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorcy nastąpiło wobec wykazu instalacji, a więc obligatoryjnego oraz konstytutywnego oświadczenia ofertowego, które jest formułowane

w ofercie ze względu na regulację art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. stosownie do którego organ wykonawczy gminy obowiązany jest wskazać w dokumentach zamówienia „instalacje,

w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości

lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady”. W ujęciu kontraktowym analogiczny obowiązek wyrażono w art. 6f ust.1a pkt 4 u.c.p.g., stosownie do którego „Umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w części dotyczącej odbierania odpadów określa w szczególności instalacje,

w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne;

w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady”

Syntetyzując treść wykazu instalacji sprowadza się do danych identyfikacyjnych instalację, wskazania podmiotu prowadzącego konkretną instalację, jej lokalizacji, jak również zakresu frakcji odpadów, które wykonawca będzie kierował do danej instalacji. Wykaz ten

ma umożliwić weryfikację logistyki odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów, która została przyjęta przez wykonawcę pod kątem zgodności z prawem i zgodności z warunkami zamówienia. W wykazie nie są formułowane żadne szczegółowe informacje dotyczące miejsc zagospodarowania odpadów czy warunków współpracy z wykonawcą, który formułuje treść wykazu instalacji w swojej ofercie. Wskazana kategoria informacji została przez Albę zastrzeżona w całej treści oświadczenia tego wykonawcy.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreśla, że Alba uznaje, że:

„Wykaz instalacji jest zestawieniem podmiotów współpracujących z wykonawcą, który został opracowany i przygotowany na cele przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.” W konsekwencji powyższego (jak i całości uzasadnienia sformułowanego przez Albę) poza zakresem zastrzeżenia tajemnicy pozostają jakiekolwiek instalacje, których operatorem (prowadzącym) pozostaje sam wykonawca i jako takie podlegają one automatycznemu ujawnieniu. Jeżeli zatem jest tak, że w wykazie zawarto informacje

o instalacjach własnych wykonawcy, to ze względu na nieobjęcie ich zastrzeżoną tajemnicą, wskazana okoliczność jest wystarczająca dla ich odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wykazu w tej części.

W zakresie w jakim zastrzeżenie zostało poczynione tj. instalacji podmiotów trzecich względem Alba, należy wskazać, że jest ono obarczone nieskutecznością wykazania tajemnicy, m.in. ze względu na to, że Alba jako jedyne środki na potwierdzenie posiadania przez te informacje walorów tajemnicy przedsiębiorstwa (będących jedyną okolicznością wykazywaną przez Albę, albowiem wykonawca ten całkowicie pomija wykazanie dowodami pozostałych cech tajemnicy) złożyła dwa dokumenty własne tj.: 1)zanonimizowaną umowę

o pracę, 2) uchwałę Zarządu Alba. Wśród przekazanych dokumentów brakuje jakiegokolwiek dokumenty, którego stroną byłby którykolwiek z operatorów instalacji wskazanych w wykazie. Ergo już z tego powodu Alba nie wykazała skuteczności zastrzeżenia tajemnicy albowiem ta determinowana jest w przypadku stosunków dwu- lub wielostronnych również działaniami i zaniechaniami innych podmiotów (tu: operatorów instalacji). Niewykazanie, że również operatorzy instalacji traktują informację o współpracy

z Albą jako tajemnicę przedsiębiorstwa i podejmują w tym zakresie niezbędne działania zachowujące te informacje w tajemnicy stanowi o nieskuteczności w wykazaniu,

że wykazowi instalacji przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa, ze względu

na poufność informacji. Oświadczenie własne Alby zastrzegające tajemnicę przedsiębiorstwa jest niewiarygodne co do deklarowanych środków mających służyć zachowaniu poufności wykazu, a co najmniej deklaracje te nie znajdują potwierdzenia

w dokumentach, które Alba powinna załączyć do zastrzeżenia, albowiem powinny być one łatwo dostępne dla podmiotu, który realnie utrzymuje konkretne informacje w poufności.

Jak wskazała Alba: „Wykaz instalacji został zastrzeżony ze względu na jego wartość gospodarczą, handlową oraz organizacyjną dla przedsiębiorstwa. Informacje zawarte

w wykazie nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. W organizacji wewnętrznej WPO ALBA S.A. ww informacje są traktowane jako ściśle poufne i są przeznaczone wyłącznie dla ograniczonego kręgu upoważnionych pracowników WPO ALBA S.A., z którymi zawarte zostały umowy o zachowaniu poufności, na dowód załączamy przykładową umowę o pracę zawierającą klauzulę poufności. Dostęp do informacji zawartych w wykazie instalacji przygotowanym na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia ma jedynie Zarząd Spółki oraz pełnomocnik upoważniony do złożenia oferty.”

Zgodnie z ww. oświadczeniem dostęp do informacji zakodowanych w wykazie instalacji miałby mieć wyłącznie Zarząd Spółki oraz pełnomocnik upoważniony do złożenia oferty. Jedynie na marginesie należy wskazać, że zgodnie z Uchwałą Zarządu Spółki – Regulaminu dotyczącego informacji poufnych i tajemnicy przedsiębiorstwa Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. okoliczność tę powinno potwierdzić się „pisemną listą osób mających dostęp do Informacji Poufnych”, a stosownego dokumentu Alba

nie przedstawia, celem potwierdzenia kręgu osób mających dostęp do informacji zakodowanych w wykazie instalacji złożonym w Postępowaniu, pomimo, że możliwością taką powinna w pełni dysponować w sytuacji realnego stosowania regulacji ustanowionych

w wskazanym powyżej akcie. Jednocześnie Alba w zamian przedłożenia umowy o poufności z pełnomocnikiem, który działał w jej imieniu przy sporządzeniu i złożeniu oferty tj. p. Sylwii Sachy (stosownie do formularza ofertowego), złożył zanonimizowaną umowę o pracę pracownika na stanowisku kierowca- ładowacz, a z komparycji umowy wynika,

iż jest to mężczyzna. W konsekwencji przedłożony środek dowodowy nie pozwala

na wykazanie tezy stawianej przez Albę i nie wykazuje posiadania przez informacje zawarte w wykazie instalacji, cech tajemnicy pomimo, iż Alba przedkładając umowę na potwierdzenie swoich słów winna w pierwszej kolejności przedłożyć umowy gwarantujące poufność informacji, które są zawarte w wykazie instalacji, na których to ograniczony krąg Alba wskazuje w swoim stanowisku (czego jednak nie wykazuje). W obliczu powyższego, wszystkie deklarowane przez Albę środki mające zapewnić poufność informacji jawią się jako wyłącznie deklarowane, ale nie mające realnego zastosowania i nie generujące stanu poufności informacji. Drugim dokumentem na który powołuje się Alba celem wykazania poufności informacji pozostaje Uchwała Zarządu Spółki – Regulaminu dotyczącego informacji poufnych i tajemnicy przedsiębiorstwa Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. Jest to drugi, a jednocześnie już ostatni z załączonych dokumentów celem potwierdzenia poufności informacji ujawnionych w wykazie instalacji. Należy przy tym wskazać, że jest to jedynie ogólny dokument wyrażający politykę poufności, którą przyjął ten podmiot. Alba nie wykazała w żaden sposób, że dokument ten nie pozostaje jedynie przyjętą polityką, lecz, że również w sposób realny i rzeczywisty jest ona stosowana. Alba nie wykazuje tego pomimo, iż posiada ku temu pełne możliwości, m.in. załączając dowody na potwierdzenie stosowania konkretnych rozwiązań technologicznych lub organizacyjnych względem wykazu instalacji, który stara się utajnić. W tym zakresie,

w ocenie Odwołującego, istotne pozostaje również to czy sam dokument będący przekazanym Zamawiającemu wykazem instalacji posiada jakiekolwiek z zabezpieczeń czy oznaczeń (stosownie do ww. uchwały winny być one oznaczone w widocznym miejscu symbolem „Informacja Poufna”, „Tajemnica Przedsiębiorstwa” itp.). Zaniechanie wykazania przez Albę podjęcia skutecznych działań mających na celu zapewnienie poufności informacji zakodowanych w wykazie instalacji samoistnie ukazuje, że wykaz winien zostać odtajniony.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, powoływanie się na ww. dokumenty, z jednoczesnym deficytem dodatkowych środków dowodowych, które Alba z łatwością powinna móc przedłożyć, a czego nie czyni, wprost ukazuje, że zastrzeżenie tajemnicy wobec wykazu instalacji, ma jedynie proceduralne nakierowanie i instrumentalne udaremnienie

innym wykonawcom zapoznania się z treścią tego oświadczenia, celem uniemożliwienia im zweryfikowania jej zgodności z prawem i wymogami zamówienia, gdyż jak sam wykonawca – z bogatego doświadczenia odwoławczego względem treści wykazu instalacji innych wykonawców – wie treść tego oświadczenia, może mieć doniosłe znaczenie dla przebiegu i wyniku postępowania. Alba, co Izbie jest wiadome z urzędu, wielokrotnie kwestionuje oferty konkurencji właśnie z powołaniem na treść wykazu instalacji, wobec czego uzasadnione jest przyjęcie, że zastrzeżenie w tajemnicy właśnie tego oświadczenia, ma charakter celowy i nakierowany na utrudnienie podjęcia analogicznych działań względem oferty Alby. Nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, że w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Skoki, z ubiegłego roku, Alba posłużyła się w zasadzie tożsamym treściowo uzasadnieniem utajnienia wykazu instalacji, różniącym się w zasadzie jedynie oznaczeniem postępowania i datą złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego Pani Sylwii Sachy. Dowody: uzasadnienia utajnienia wykazu instalacji

z niniejszego i poprzedniego postępowania.

W tym stanie sprawy należy zwrócić uwagę, że następujące stanowisko Alby przedstawione w odwołaniu wobec zaniechania odtajnienia wykazu instalacji Odwołującego

w ubiegłorocznym postępowaniu i przyjmuje je za własne w sprawie niniejszej: *Należy zwrócić 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 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).

Dowód: Odwołanie Alby w sprawie KIO 3248/23

Zastrzegane informacje, mogą w sposób łatwy zostać zrekonstruowane przez podmioty trzecie na etapie realizacji zamówienia, a w rezultacie zastrzeżenie informacji wykazuje wprost znamiona działania ograniczonego wyłącznie do etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w którym oświadczenie to jest składane. Należy w tym zakresie wskazać,

że na etapie wykonywania umowy zapoznanie się z miejscami zagospodarowania odpadów

nie tylko jest możliwe przez w pełni legalne podążanie za pojazdami wykonawcy i ustalenie ich definitywnej destynacji, ale również przez uzyskanie – jako informacji jawnych i podlegających udostępnieniu z mocy prawa – takich jak chociażby dane z monitoringu GPS pojazdów operatora odbierającego odpady komunalne, czy dokumentów ewidencyjno-sprawozdawczych, które muszą zostać wystawione w związku z organizacją logistyczną realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 3) lit. a-b u.o. ewidencję odpadów w przypadku podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, posiadacza odpadów prowadzącego zbieranie lub przetwarzanie odpadów komunalnych, transportującego odpady komunalne prowadzi się z zastosowaniem karty przekazania odpadów komunalnych. Zgodnie z art. 67 ust. 4a pkt 5 u.o. karta przekazania odpadów zawiera dodatkowo informacje o dacie i godzinie przejęcia odpadów komunalnych przez następnego posiadacza odpadów albo dacie i godzinie ich przekazania do stacji przeładunkowej, miejscu zbierania lub miejscu przetwarzania odpadów komunalnych, prowadzonych przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Co więcej zgodnie art. 9n ust. 1 i 3 pkt a) u.c.p.g.: „Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do sporządzania rocznych sprawozdań.(...) Sprawozdanie zawiera: 3) informacje o masie:

a) poszczególnych rodzajów odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych oraz sposobie zagospodarowania tych odpadów, wraz ze wskazaniem nazwy i adresu instalacji, do których zostały one przekazane,

Analogiczny obowiązek przewidziano w stosunku do podmiotu prowadzącego PSZOK (art. 9 na u.c.p.g.). Dodatkowo ww. informacje o miejscach zagospodarowania odpadów są powszechnie i publicznie ujawniane również w ramach analiz stanu gospodarki odpadami komunalnymi, o których mowa w art. 9tb u.c.p.g.

Z powyższego wynika więc, że informacja o miejscach przetwarzania odpadów komunalnych (instalacjach) podlega licznym obowiązkom ewidencyjnym, w tym w szczególności zamieszczania w karcie przekazania odpadów komunalnych. Należy zwrócić uwagę,

że informacje te mogą być kwalifikowane jako udostępnienie informacji publicznej, na co wprost wskazał WSA w Krakowie, w Wyroku w sprawie II SAB/Kr 256/23 (CBOSA):

Wniosek z dnia 12 października 2023 r. o udzielenie informacji publicznej zawierał pytania dotyczące zawarcia i realizacji umowy na realizację usług w zakresie odbioru odpadów oraz informacji o ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów a także udostępnienia kopii kart przekazania odpadów, zatem co do zasady dotyczył informacji publicznych, dotyczył bowiem realizacji zadań publicznych finansowanych ze środków publicznych.

Nadto informacja o wykorzystywanych lokalizacjach instalacji przetwarzających odpady

nie jest informacją trudną do ustalenia przez podmioty działające w sektorze gospodarowania odpadami, na rynku regionalnym, gdyż, na co sam wskazuje Wykonawca Alba S.A. liczba instalacji jest niewielka (na rynku jest ich niedobór), w konsekwencji przedsiębiorcy odbierający odpady komunalne niejednokrotnie korzystają z tych samych lokalizacji. Na marginesie należy dodać, że ukrycie trasy pojazdu typu śmieciarki, na terenie małej Gminy, jest w zasadzie niemożliwe. Wobec powyższego nie sposób nie uznać,

że zastrzeżenie przez Albę informacji zakodowanych w wykazie instalacji, nastąpiło wyłącznie na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przez

to ma co najmniej nietrwały charakter i niemożliwie jest zachowanie w tajemnicy informacji, które zakodowane są w wykazie.

Niezależnie od powyżej wskazanych okoliczności, które ukazują, że Alba nie wykazała

w sposób skuteczny, że zastrzeganiem informacjom przysługuje przymiot poufności, należy podkreślić, że wykonawca Alba S.A. w istocie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa opiera na zawartych w skąym uzasadnieniu ogólnikowych i hasłowych, a nawet wewnętrznie sprzecznych twierdzeniach, które są dalekie nawet od uprawdopodobnienia spełnienia przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., w stosunku do informacji zastrzeganych w wykazie:

1) „Nie ulega wątpliwości, że za wykazem instalacji, kryją się nie tylko informacje o adresach instalacji i rodzaju przekazywanych do nich odpadów, lecz przede wszystkim informacje o ścisłych preferencjach dla realizacji określonego zadania. Względ na rzeczne preferencje w wyborze konkretnych podmiotów (instalacji) ujawnia powołaną powyżej wartość handlową, gospodarczą i organizacyjną. Informacje zawarte w wykazie instalacji ujawniają know-how spółki w zakresie gospodarowania odpadami. Właściwy dobór kontrahentów w tym zakresie jest efektem czasochłonnych działań podejmowanych w celu rozeznania rynku, weryfikacji poszczególnych kontrahentów pod kątem posiadania wymaganych prawem zezwoleń i nawiązywania relacji gospodarczych.” Okoliczności wyżej wymienione nie tylko nie zostały

w żaden sposób wykazane, lecz, wątpliwe jest, aby niesprecyzowane bliżej „preferencje realizacyjne” ujawniały unikalny know-how spółki, czy też posiadały wartość gospodarczą. Weryfikacja poszczególnych kontrahentów pod kątem posiadania wymaganych prawem zezwoleń i nawiązywania relacji gospodarczych jest standardem realizacyjnym w sektorze gospodarowania odpadami i warunkiem koniecznym świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia w zgodzie z przepisami prawa, jak również warunkami zamówienia. Specyfika usługi kompleksowej polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów wymusza uwzględnienie istotnych kosztów transportu, które co do zasady wymuszają zagospodarowanie odpadów komunalnych w instalacjach położonych w stosunkowo bliskiej odległości, w stosunku do rejonu realizacji zamówienia.

2) „Zniesienie regionalizacji w zakresie gospodarki odpadami oznacza znacznie większą swobodę wykonawcy w doborze instalacji. Koszty zagospodarowania odpadów stanowią istotny element mający wpływ na oferowaną przez wykonawcę cenę, dlatego też dobór podmiotów zajmujących się zagospodarowaniem odpadów decyduje o przewadze konkurencyjnej danego wykonawcy na rynku. Przejawia więc istotną wartość gospodarczą, która może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów, co daje przewagę nad pozostałymi podmiotami w danej branży”(…) Podmioty konkurencyjne Spółki na rynku odpadowym z łatwością mogłyby wykorzystać ujawnione informacje w ramach własnej działalności gospodarczej i usprawnić swój system organizacyjny, który WPO ALBA S.A. wypracowywała na przestrzeni lat prowadzenia działalności na rynku odpadowym bądź też wykorzystać te informacje w celu utrudnienia Spółce realizacji umów z wybranymi kontrahentami, co z uwagi na ograniczone moce instalacji i ich niedobór na rynku, stanowi istotne zagrożenie interesów Spółki.”

Przytoczone twierdzenia Alba S.A. są wewnętrznie sprzeczne. Wykonawca ten wpraw wskazuje na rzekomą przewagę konkurencyjną wynikającą z wykorzystania zwiększonej swobody w doborze instalacji, po czym wskazuje na ich niedobór na rynku. Co więcej nie jest jasne, w jaki sposób i w jakim zakresie podmioty konkurujące z Alba S.A. miałyby wykorzystać wiedzę o miejscach zagospodarowania odpadów wskazanych przez tego Wykonawcę. Alba S.A. odwołuje się w tym zakresie do rzekomego usprawnienia organizacji konkurencyjnych przedsiębiorstw albo utrudnienia działalności spółki w realizacji umów

z wybranymi kontrahentami. Wykonawca ten przy tym wprost wskazuje, że na rynku panuje niedobór instalacji, co samo w sobie niweluje unikalny charakter doboru ograniczonej ilości miejsc, w których odpady mogą zostać przetworzone. Zagrożenie interesów spółki przez zaznajomienie się z miejscami, w których Alba S.A. przekazuje odpady do zagospodarowania ma jedynie charakter hipotetyczny i przejawia wartość jedynie sugestywną. Wątpliwym jest, aby konkurencyjni wykonawcy realizujący usługi odbioru

i zagospodarowania odpadów zapoznawszy się z rzekomo dedykowaną dla niniejszego zamówienia polegającego na odbiorze i transporcie odpadów z terenu Gminy Skoki listą instalacji Wykonawcy Alba S.A. podjęli następnie jakiekolwiek działania dla zagrożenia interesom spółki, takie jak zmianę instalacji, do których podmioty te przekazują odebrane odpady komunalne, celem ograniczenia ich dostępności dla Alba S.A. Ryzyko takie realnie nie występuje skoro w Postępowaniu, upłynął już termin składania ofert, a po jego upływie nie jest możliwe zmodyfikowanie treści oferty, w tym w zakresie

dotyczącym wykazu instalacji. W konsekwencji nie jest możliwe przejęcie przez wykonawców konkurujących z Albą w ramach niniejszego Postępowania, rozwiązań organizacyjno-logistycznych, celem uzyskania realnej przewagi konkurencyjnej przy uzyskaniu zamówienia udzielanego w Postępowaniu. Jak sama Alba wskazuje w zastrzeżeniu, wykaz ma charakter dedykowany niniejszemu Postępowaniu, a w konsekwencji na potrzeby innych postępowań, w tym udzielanych w przyszłości przez tego samego Zamawiającego, opracowywać będzie inne – dedykowane tym postępowaniom – wykazy instalacji. W rezultacie nie jest możliwe aby ujawnienie tego oświadczenia, mogło w jakikolwiek sposób negatywnie wpływać na interes Alby. W świetle powyższego jawi się realna intencja utajnienia informacji zakodowanych w wykazie, którą jest udaremnienie konkurentom weryfikacji wykazu, co umożliwiałoby kwestionowanie późniejszych działań Zamawiającego, w szczególności w zakresie deficytu należytej weryfikacji miejsc w których nastąpić ma zagospodarowanie odpadów pochodzących z terenu gminy Skoki.

Należy zwrócić uwagę, że na kanwie sprawy dotyczącej zbliżonego stanu faktycznego w sprawie KIO 3248/23, zainicjowanej Odwołaniem Alba S.A., w odniesieniu do zamówienia mającego za przedmiot odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Skoki, w ramach postępowania z ubiegłego roku Izba zajęła jednoznaczne i kategoryczne stanowisko kwestionujące w szczególności wartość gospodarczą zastrzeżonego wykazu instalacji, wskazując, że: „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.” Stanowisko Izby Odwołujący przyjmuje

za własne i w pełni adekwatne do niniejszego stanu faktycznego, w nawiązaniu do powyższego wskazując, że rolą wskazania instalacji w ofercie wykonawcy jest także ustalenie zgodności realizacji zamówienia z jego warunkami oraz przepisami ustawy. Wskazanie w treści deklaracji ofertowej Wykonawcy miejsc zagospodarowania odpadów stanowi odzwierciedlenie wymogu ustawowego wykreowanego na gruncie postanowień art. 6d ust. 1 i 4 pkt 5) u.c.p.g. Wskazany wymóg należy wiązać nie tyle z przejawem wypracowanego przez lata unikalnego doboru miejsc zagospodarowania/zbierania odpadów komunalnych, co z zapewnieniem możliwości kontroli świadczeń wykonywanych w ramach usług odbioru i/lub zagospodarowania odpadów komunalnych, służącemu realizacji ustawowych obowiązków takich jak: (-) nakaz przekazywania, bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady, selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach – art. 9ea u.c.p.g; (-) zakaz zbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i bioodpadów stanowiących odpady komunalne – art. 23 ust. 2 pkt 5-6 u.o. (-) realizację ww. obowiązków ewidencyjnych i sprawozdawczych.

3) „Zakaz ujawniania treści opisywanych informacji wynika z konieczności objęcia wielopłaszczyznową ochroną interesów WPO ALBA S.A. Na tajemnicę przedsiębiorstwa składają się bowiem takie informacje należące do tegoż podmiotu, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy”

Alba S.A. w żaden sposób nie wykazała na czym ma polegać „wielopłaszczyznowość” ochrony interesów Alby jako całości, powtarzając jedynie hipotetyczne oraz hasłowe założenie o rzekomej możliwości wyrządzenia szkody poprzez ich ujawnienie. Wykonawca ten sam wskazywał, że informacje objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa są dedykowane na potrzeby niniejszego postępowania, jednocześnie nie wskazując w jaki sposób ich ujawnienie mogłoby wyrządzić szkodę Alba S.A. – podmiotowi działającemu

na szeroką skalę i w różnych województwach. Wątpliwe jest również, z przyczyn wskazanych powyżej, aby Wykonawcy Alba S.A. groziła jakakolwiek szkoda, w ramach niniejszego postępowania.

Powołuje treść orzeczenia w sprawie KIO 3248/23. Uwzględniając powyższe nie sposób uznać, aby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykazie instalacji Alba S.A. zostało dokonane w sposób skuteczny, albowiem Alba nie wykazała, że informacjom tym przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa. W rezultacie Zamawiający zaniechał prawidłowej weryfikacji tej okoliczności i bezpodstawnie zaniechał udostępnienia pełnej treści oferty Odwołującemu. Wobec powyższego wniesienie niniejszego odwołania jest zasadne i konieczne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 października 2024 roku, a kopia została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 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 w postanowieniu wydanym na rozprawie dopuściła dowód nr 1 złożony przez Odwołującego (3 karta) – wyciąg z SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Zagospodarowanie odpadów pochodzących z Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) oraz aptek i punktów aptecznych zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy” – str. 1, 2, 25. Izba odpuściła dowody załączone w odwołaniu, jedynie w zakresie w jakim postawione zostały tezy dowodowe.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń:

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 18 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
- art. 18 ust. 2 ustawy - Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
- art. 18 ust. 3 ustawy - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), 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. 74 ust. 1 ustawy - Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.
- art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy - 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 lub zdanie drugie,

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. z dnia 13 maja 2022 r. :

- art. 11 ust. 2 - Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W zakresie rozpoznania odwołania Izba zważyła:

Izba na wstępie wyjaśnia i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają

te czynności Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika

z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.

Nadmienić należy również, że postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, a spór prowadzi strony postępowania odwoławczego przy udziale uczestnika tego postępowania. Po stronie odwołującego pozostaje określany ustawą obowiązek dowodowy. Podkreślenia wymaga, że w zakresie zarzutów odnoszących się

do naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy ustawodawca nie wprowadza, jak to ma miejsce

w przypadku zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, odwróconego ciężaru dowodu na etapie postępowania odwoławczego. To odwołujący na etapie odwołania oraz w trakcie postępowania obowiązany jest do wykazania i udowodnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie określonych elementów oferty czy składanych wraz z ofertą dokumentów nie zostało skutecznie zastrzeżone.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 2 i art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „u.z.n.k.”) przez zaniechanie prawidłowej weryfikacji zastrzeżenia przez Wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S. A., NIP: 896 000 00 26 (dalej: „Alba” lub „Alba S.A.”) jako tajemnicy przedsiębiorcy wykazu instalacji stanowiącego element konstytutywny oferty, w tym przez bezpodstawne przyjęcie, że Alba wykazała, że dokument ten jest nośnikiem informacji, którym przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorcy i w konsekwencji powyższego zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wykazu instalacji (oferty w pełnym zakresie) – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, że wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Alba) złożył zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Niniejszym zastrzegamy, że wykaz instalacji, stanowiący załącznik do formularza ofertowego złożony wraz z ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. **„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Skoki w latach 2025-2026” (nr zamówienia: ZP.271.16.2024)**, jest tajemnicą przedsiębiorstwa spółki Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, przy ul. Szczecińskiej 5, KRS 0000001350, (dalej: WPO ALBA S.A.), w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.). Zobowiązujemy podmiot, któremu niniejszy wykaz instalacji został przekazany, do nieujawniania go pod żadnym warunkiem, bez wyraźnej, pisemnej zgody WPO ALBA S.A. Ujawnienie wykazu instalacji może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów powołanej wyżej ustawy.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. 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.

Wykaz instalacji został zastrzeżony ze względu na jego wartość gospodarczą, handlową oraz organizacyjną dla przedsiębiorstwa. Informacje zawarte w wykazie nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. W organizacji wewnętrznej WPO ALBA S.A. ww informacje są traktowane jako ściśle poufne i są przeznaczone wyłącznie dla ograniczonego kręgu upoważnionych pracowników WPO ALBA S.A., z którymi zawarte zostały umowy o zachowaniu poufności, na dowód załączamy przykładową umowę o pracę zawierającą klauzulę poufności. Dostęp do informacji zawartych w wykazie instalacji przygotowanym na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia ma jedynie Zarząd Spółki oraz pełnomocnik upoważniony do złożenia oferty. Jednocześnie WPO ALBA S.A. wskazuje, że każdy z pracowników Spółki jest zobowiązany do zachowania poufności informacji dotyczących przedsiębiorstwa i jego funkcjonowania a w Spółce została wdrożona polityka poufności. Dokumenty i inne nośniki zawierające informacje poufne zostały zabezpieczone przed dostępem osób nieuprawnionych poprzez wprowadzenie kontroli wstępu osób nieuprawnionych do pomieszczeń, w których są przechowywane, stosowanie szafek z zamkiem patentowym oraz zabezpieczenie hasłem dostępu w przypadku przetwarzania ich w systemie teleinformatycznym. Spółka podjęła więc w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności wynikające z aktualnie obowiązującej Uchwały Zarządu Spółki – Regulaminu dotyczącego informacji poufnych i tajemnicy przedsiębiorstwa Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A., która to uchwała stanowi załącznik do niniejszej klauzuli.

Wykaz instalacji jest zestawieniem podmiotów współpracujących z wykonawcą, który został opracowany i przygotowany na cele przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dane zawarte w wykazie instalacji zostały zorganizowane w sposób funkcjonalny w formie zbioru, który nie jest powszechnie dostępny. Okoliczność, że instalacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są podmiotami ogólnie dostępnymi i powszechnie świadczącymi usługi, nie wyklucza wartości gospodarczej i organizacyjnej zorganizowanego funkcjonalnie zbioru tych informacji, jak również ich kwalifikacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu właściwych przepisów prawa. Wykaz został w całości opracowany i sporządzony przez osoby upoważnione z ramienia wykonawcy i jest wykorzystywany przez Spółkę w prowadzonej działalności gospodarczej jako narzędzie, przede wszystkim organizacyjne. Wartość gospodarczą posiada przede wszystkim zbiór elementów jako całość (zestawienie). Zestawienie to, tworzone na potrzeby danego zamówienia, jest znane wyłącznie wykonawcy, który w odniesieniu do każdej usługi obiera określoną metodykę doboru instalacji w celu zapewnienia jego funkcjonalności, pozwalającej osiągnąć jak największe korzyści z realizacji zamówienia. Zestawienie to stanowi wynik wieloletnich doświadczeń, negocjacji, realizacji kontraktów i przejawia mierzalną i obiektywną wartość

gospodarczą dla Spółki, pozwalającą na optymalizację

organizacyjną przedsiębiorstwa, w szczególności pod względem finansowym. Konsekwencją tego jest możliwość zaoferowania przez Spółkę konkurencyjnych cen. Nie ulega wątpliwości, że za wykazem instalacji, kryją się nie tylko informacje o adresach instalacji i rodzaju przekazywanych do nich odpadów, lecz przede wszystkim informacje o ścisłych preferencjach dla realizacji określonego zadania. Względ na rzeczone preferencje w wyborze konkretnych podmiotów (instalacji) ujawnia powołaną powyżej wartość handlową, gospodarczą i organizacyjną. Informacje zawarte w wykazie instalacji ujawniają know-how spółki w zakresie gospodarowania odpadami. Właściwy dobór kontrahentów w tym zakresie jest efektem czasochłonnych działań podejmowanych w celu rozeznania rynku, weryfikacji poszczególnych kontrahentów pod kątem posiadania wymaganych prawem zezwoleń i nawiązywania relacji gospodarczych. Zniesienie regionalizacji w zakresie gospodarki odpadami oznacza znacznie większą swobodę wykonawcy w doborze instalacji. Koszty zagospodarowania odpadów stanowią istotny element mający wpływ na oferowaną przez wykonawcę cenę, dlatego też dobór podmiotów zajmujących się zagospodarowaniem odpadów decyduje o przewadze konkurencyjnej danego wykonawcy na rynku. Przejawia więc istotną wartość gospodarczą, która może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów, co daje przewagę nad pozostałymi podmiotami w danej branży.

Wykaz instalacji, jako dokument zawierający informacje poufne WPO ALBA S.A., został już wielokrotnie uznany przez Krajową Izbę Odwoławczą za tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie KIO wykaz instalacji spełnia przesłanki wynikające z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako tajemnica przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu przez zamawiającego (zob. wyrok KIO z 10.01.2019, sygn. akt KIO 2604/18; wyrok KIO z 15.01.2019, sygn. akt KIO 2668/18 zob. wyrok KIO z 27.12.2021 r., sygn. akt KIO 3596/21).

Zakaz ujawniania treści opisywanych informacji wynika z konieczności objęcia wielopłaszczyznową ochroną interesów WPO ALBA S.A. Na tajemnicę przedsiębiorstwa składają się bowiem takie informacje należące do tegoż podmiotu, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. Zaznaczyć przy tym należy, że informacje te są ściśle poufne przede wszystkim wobec konkurentów WPO ALBA S.A., którzy również mogą brać udział w postępowaniu o udzieleniu zamówienia. Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową WPO ALBA S.A. i narazić Spółkę na szkodę majątkową. Podmioty konkurencyjne Spółki na rynku odpadowym z łatwością mogłyby wykorzystać ujawnione informacje w ramach własnej działalności gospodarczej i usprawnić swój system organizacyjny, który WPO ALBA S.A. wypracowywała na przestrzeni lat prowadzenia działalności na rynku odpadowym bądź też wykorzystać te informacje w celu utrudnienia Spółce realizacji umów z wybranymi kontrahentami, co z uwagi na ograniczone moce instalacji i ich niedobór na rynku, stanowi istotne zagrożenie interesów Spółki.

Z uwagi na swoją wartość gospodarczą i organizacyjną informacje zawarte w wykazie instalacji, stanowiącym załącznik do oferty, stanowią w całości tajemnicę przedsiębiorstwa. Wnosimy o bezwzględne przestrzeganie niniejszej klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa WPO ALBA S.A.

Załączniki:

- 1. zanonimizowana umowa o pracę zawierająca klauzulę poufności*
- 2. Regulamin dotyczący informacji poufnych i tajemnicy przedsiębiorstwa Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. wraz z załącznikami*

W zakresie rozpoznania zarzutu odwołania Izba podaje, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania. Ustawodawca dopuścił jednakże prawo wykonawcy

do nie ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.

Wymaga podkreślenia, że walor informacji jakie są zastrzegane z uwagi na ich charakter ma lub może mieć dla danego podmiotu wartość, której czasami nawet nie sposób określić.

Niemniej jeżeli wykonawca decyduje się na objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinien poczynić wszystko czego wymagają regulacje prawne, aby ta ochrona była skuteczna. Wykazanie (art. 18 ust. 3 ustawy), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi obowiązek wykonawcy, to na nim spoczywa odpowiedzialność, która materializuje się w prowadzeniu argumentacji oraz składaniu dokumentów potwierdzających okoliczności jakie legły u podstaw zastrzeżenia.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym zostaje zakreślony krąg informacji jakie skutecznie wykonawca może objąć zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wymaga wskazania, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru bezwzględnego. Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa, określona w ww. przepisie, wskazuje, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione

do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa bądź też inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Izba podkreśla, że w wyroku TSUE C-54/21 z dnia 17 listopada 2022 roku Trybunał zwrócił uwagę, kolejny raz, że cel przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych polega na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji oraz, że aby możliwe było zrealizowanie powyższego celu ważne jest aby zamawiający nie ujawniali informacji związanych z postępowaniem, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji w tym postępowaniu bądź w późniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. (punkt 49 wyroku - *Trybunał wielokrotnie orzekał, że podstawowy cel przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych polega na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji oraz że aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego informacji, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź*

*to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ze względu na to, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opierają się na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a wykonawcami, ci ostatni powinni móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach takiego postępowania bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzecznym wykonawcom szkodę (wyroki: z dnia 14 lutego 2008 r., *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 34-36; z dnia 7 września 2021 r., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 115)).*

Trybunał wskazywał również na znaczenie zasady stosunku zaufania wykonawca – zamawiający, co ma gwarantować zamawiającym przekazywanie informacji, a jednocześnie ochronę wykonawcy. Trybunał wskazał na art. 18 dyrektywy 2001/4/24 oraz podał,

że niezależnie od obowiązku działania w sposób przejrzysty zgodnie z art. 21 ust. 1 dyrektywy zamawiający nie może ujawniać informacji przekazanych przez wykonawcę

i oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Trybunał podał, że zamawiający

nie przekazuje informacji oznaczonych jako poufne przez wykonawcę; w szczególności tajemnic handlowych lub technicznych oraz poufnych aspektów oferty. Wymaga zaznaczenia, że zgodnie ze stanowiskiem Trybunału regulacja art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 referuje do informacji określonych w art. 50 i 55 dyrektywy 2014/24 mających skutek bezpośredni. Jednocześnie zaznacza, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odpowiada co do istoty definicji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (ue)2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem z dnia 8 czerwca 2016 r.). Podaje również, że z celu dyrektywy 2014/24 oraz jej brzmienia nie wynika, aby państwa członkowskie nie mogły posłużyć się takim pojęciem

w celu wyznaczenia zakresu art. 21 ust. 1 dyrektywy. Jednakże pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa” z art. 2 ust. 1 dyrektywy 2016/943 – tym samym polskiej ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – jedynie częściowo pokrywa z się z określeniem „informacji przekazanych (...) jako poufne” z art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24, gdzie podano „między innymi tajemnice techniczne lub handlowe oraz poufne aspekty ofert”. Rzecznik Generalny w opinii z dnia 12 maja 2022 roku podał, że ochrona nie jest ograniczona do tajemnic technicznych i handlowych, lecz obejmuje również poufne aspekty ofert.

Trybunał wyjaśnił już, że przepisy dotyczące bezprawnego pozyskiwania, wykorzystywania

*i ujawniania tajemnic przedsiębiorstwa w rozumieniu dyrektywy 2016/943 nie zwalniają organów publicznych z obowiązku zachowania poufności, jaki może wynikać z dyrektywy 2014/24 (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 97, 99).*

Z orzeczenia Trybunału płyną następujące wnioski, a mianowicie podkreślenie przez Trybunał celu przepisów europejskich w zamówieniach publicznych tj. niezakłócenia konkurencji. Bardzo istotnym natomiast jest wskazanie przez Trybunał na „zasadę ochrony informacji poufnych” – co oznacza, że ochrona informacji nie stanowi wyjątku od zasady jawności postępowania lecz stanowi osobną samoistną zasadę, która stanowi element samoistny dla oceny dokumentów w postępowaniu o zamówienie. Trybunał również uznał, że choć możliwe jest określenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” przez zastosowanie definicji

z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odpowiadającej co do istoty definicji z art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 czemu nie sprzeciwi się art. 21 dyrektywy 2014/24 oraz jej treść i cel, to takie określenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” jedynie częściowo pokrywa się z pojęciem „informacje poufne” z art. 21 dyrektywy 2014/24. Wynika z tego, że art. 18 ust. 3 ustawy nie obejmuje pełnym zakresem informacji jakie zgodnie z art. 21 dyrektywy 2014/24 w ramach prawa europejskiego podlegają ochronie co do „informacji poufnych”, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, a co za tym idzie w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji art. 18 ust.3 ustawy nie obejmuje pełnym zakresem ochrony w odniesieniu do informacji poufnych.

W ocenie Izby, na w zakresie rozpoznawanej sprawy odwoławczej, odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający nie dokonał oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przyzmacie przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału zasada ochrony informacji poufnych prowadzi do tego, że nie możemy mówić o wyjątku w zakresie ochrony informacji przez wykonawcę. Oznacza to, że prawem wykonawcy jest ochrona informacji jakie uznaje za poufne.

Izba uznała, że odwołujący nie uzasadnił w sposób wystarczający naruszenia w zakresie wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dotyczącym informacji odnoszących się do wykazu instalacji stanowiącego załącznik do formularza ofertowego złożonego przez Albę skutkującym nakazaniem odtajnienia zastrzeżonych informacji. Wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy, wprost został wskazany zakres informacji jaki nie może zostać utajniony przez wykonawcę przez odwołanie do art. 222 ust. 5 ustawy tj. informacji 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. Z powyższego wynika jednoznacznie, że zakres informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez Albę nie jest objęty tym zakazem. Tym samym wykonawca, niezależnie od tego, że jest

to element obligatoryjny jego oferty był uprawniony do objęcia go tajemnicą przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do argumentacji odwołującego zawartej w uzasadnieniu odwołania Izba stwierdza, że prezentowane stanowisko odnosi się wybiórczo do poszczególnych zdań zawartych w złożonym zastrzeżeniu, z pominięciem kolejnych informacji przedstawianych przez Albę.

W treści zastrzeżenia jakie składa Alba jednoznacznie podaje, że jest to zestawienie podmiotów współpracujących z wykonawcą, wskazać należy, że w żaden sposób z treści tego dokumentu nie wynika, że w ramach tego zestawienia ujęte są instalacje, których operatorem jest Alba. Powołanie tego argumentu przez odwołującego, w obliczu treści zastrzeżeń, w żaden sposób nie zostało uprawdopodobnione. Izba podkreśla,

że to odwołujący ma obowiązek dowodzić swoich twierdzeń, a Izba w odniesieniu do treści dokumentów i podnoszonych zarzutów dokonuje ich oceny. W tym przypadku w zasadzie odwołujący zmierza do przeniesienia na Izbę obowiązku kontrolowania zestawienia podmiotów współpracujących w kontekście niczym nieuzasadnionego stwierdzenia. Dodać należy, że odwołujący nawet nie przedstawił żadnego wskazania jakiegokolwiek instalacji, czy listy instalacji jakich operatorem jest Alba, a jakie w jego ocenie zostały ujęte w rzeczonym wykazie instalacji.

W zakresie argumentacji dotyczącej „instalacji podmiotów trzecich” oraz braku przedstawienia jakichkolwiek dokumentów, których stroną byłby którykolwiek

z operatorów instalacji wskazanych w zestawieniu podmiotów, odwołujący nie wyjaśnił jakie znaczenie dla ochrony informacji przedstawionej przez Albę w zakresie wykazu instalacji przygotowanego na potrzeby tego postępowania ma przedstawianie jednego dokumentu,

z którymkolwiek operatorów o traktowaniu informacji jako poufnych. Wymaga podkreślenia, że w żaden sposób odwołujący nie podnosił i nie wykazywał, że informacje o operatorach poszczególnych instalacji są im znane wzajemnie.

Izba podkreśla w tym miejscu,

że to konkretne zestawienie instalacji – zgodnie ze stanowiskiem Alby – podlega ochronie

w ramach prowadzonego postępowania. Dla Alby konkretne zestawienie instalacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w ramach tego postępowania o zamówienie. Izba podkreśla,

że odwołujący jednoznacznie w udzielonej w trakcie rozprawy odpowiedzi na pytanie podał, że nie jest łatwym ustalenie wykazu instalacji w tym postępowaniu, dodał, że takiego ustalenia będzie można dokonać na podstawie sprawozdań składanych zgodnie z ustawą

o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Więcej, Izba podkreśla, że odwołujący

nie przedstawia jakiegokolwiek informacji o faktycznych instalacjach jakie mogłyby być ujęte

w przedstawionym przez Albę wykazie. Dowodzi to tego w ocenie Izby, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa owych instalacji było tak skuteczne, że wykonawca nie był w stanie przedstawić jakiegokolwiek wykazu jaki mógłby odzwierciedlać ten podany przez Albę.

W odniesieniu do przyszłych postępowań o zamówienie i łatwości odtworzenia tego wykazu instalacji Izba wskazuje, że

okoliczność tak również nie została w żaden sposób uprawdopodobniona. W żaden sposób wykonawca nie uzasadnił, że w przyszłych postępowaniach Alba będzie współpracowała dokładnie z tymi samymi podmiotami. Fakt dostępności danych wynikający z obowiązków sprawozdawczych w trakcie realizacji umowy i publicznie dostępnych informacji w tym zakresie, nie zmienia faktu, że na etapie tego postępowania odwołujący nie przedstawia choćby założonego wykazu instalacji

np. z poprzednich postępowań o zamówienie, tych których wykaz instalacji jest możliwy

do zidentyfikowania. To powoduje, że argumentacja odwołującego w tym zakresie uzasadnia jedynie to, że dane informacje z etapu realizacji zamówienia po zawarciu umowy

są publicznie dostępne, ale nie uzasadnia w żaden sposób, że istnieje faktyczna możliwość

ich wykorzystania w przyszłych postępowaniach – bo tego odwołujący nie czyni. Dodatkowo należy wskazać, co było podnoszone w trakcie rozprawy, że informacje jakie obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca na etapie składania ofert nie zawsze będą możliwe do pozyskania na podstawie publicznie dostępnych informacji. Wynika to z tego, że bez zawarcia umowy z zamawiającym wykaz takich instalacji nie będzie realizowany w ramach realizacji umowy i nadal będzie podlegał ochronie. W tym znaczeniu ochrona tych danych, konkretnego zestawienia danych dotyczących instalacji może mieć również znaczenie

w przyszłych postępowaniach, na co wskazał Trybunał.

Odwołujący pomija również kwestię związaną z tym, że wykaz instalacji to nie tylko informacja identyfikująca o danej instalacji ale również zamawiający wymagał szerszego zakresu, w tym wskazania kodów odpadów jakie będą przekazywanych do danej instalacji, to natomiast determinuje wiele innych okoliczności w tym logistykę działania wykonawcy, która ma wartość gospodarczą.

Izba podkreśla, że w żadnym z powoływanych przez odwołującego przepisów

nie odnoszono, jak również nie sposób wwozić tą okoliczność z orzecznictwa,

że skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na etapie składania ofert musi dotyczyć również etapu realizacji zamówienia. Okoliczności różnych spraw mogą być różne, nie można pominąć faktu, że w danych przypadkach określone informacje nie zostaną ujawnione na żadnym etapie, ale nie przekreśla to również okoliczności faktycznych,

w których utrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa na etapie składania i oceny ofert, będzie

w efekcie przepisów obowiązujących na etapie realizacji umowy, co do zakresu informacji niemożliwe. Podkreślenia wymaga, że w żadnej regulacji prawnej nie wskazano,

że dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma ona rozciągać się na etap realizacji umowy.

W odniesieniu do podnoszonego przez odwołującego argumentu niewiarygodności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przyzmacie deklarowanych środków mających służyć poufności Izba również nie uwzględniła tego argumentu odwołującego. Należy wskazać, że dobór dowodów na poparcie swoich twierdzeń to domena wykonawcy, który zastrzega dane informacje tajemnicą przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że ani przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ani przepisu ustawy o zwalczaniu konkurencji

i konsumentów, nie dość, że nie zawierają wskazania na przedstawianie dokumentów,

nie zawierają żadnego wskazania w jaki sposób owo wykazanie ma nastąpić. Nie ma więc mowy o istnieniu żadnego katalogu dokumentów, jakie wykonawca miałby składać wraz

z zastrzeżeniami. Odwołujący wskazuje, że Alba winna załączyć dokumenty ale nie podaje jakie to mają w jego ocenie być dokumenty i co w zasadzie miałyby udowadniać. Odwołujący wskazał na „pisemną listę osób mającą dostęp do Informacji Poufnych”, którą jego zdaniem powinna była złożyć Alba przy czym sposób wskazania w odwołaniu „na marginesie”

w zasadzie marginalizuje to stanowisko odwołującego, bowiem sam odwołujący

nie przypisuje mu żadnego znaczenia. Natomiast w odniesieniu do zanonimizowanej umowy jaka została przedstawiona odwołujący pomija stanowisko Alby z zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdzie jednoznacznie zostało podane, że umowa ta została przedstawiona w celu wykazania zawierania klauzul poufności w umowach o pracę. Co do tego,

że w umowach o pracę zawierane są klauzule poufności odwołujący nie przedstawiał żadnych wątpliwości. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego wykonawca miałby przedstawić „umowy” gwarantujące poufności informacji, które są zawarte w wykazie instalacji i w jakim zakresie klauzula poufności w przedstawionej umowie nie gwarantuje zabezpieczenia tychże informacji. W zasadzie z uzasadnienia odwołania wynika,

że odwołujący uznaje dokument wyrażający politykę poufności, ale w wątpliwość poddaje jego stosowanie. W żadne sposób nie wyjaśnia dlaczego za spełniające wymagania wykazania dowodami uznałaby „dowody na potwierdzenie stosowania konkretnych rozwiązań technologicznych lub organizacyjnych względem wykazu instalacji”. Odwołujący nie wyjaśnia w żaden sposób dlaczego w odniesieniu do danej grupy informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca ma stosować dane rozwiązania technologiczne

lub organizacyjne, do tego nie podaje jakie w jego ocenie powinien być podjąć właśnie w zakresie tak określonego zakresu informacji.

Co do argumentu dotyczącego wątpliwości w zakresie zabezpieczeń czy oznaczeń – stwierdzić należy, że zamawiający nie miał problemu z identyfikacją dokumentu objętego tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący wydaje się mnożyć okoliczności jakie w sposób pomijający okoliczności faktyczne, sam bowiem wskazuje, że zwrócił się do zamawiającego z pytaniem o efekty weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdzie zamawiający wskazał, że tajemnica została zastrzeżona.

W odniesieniu do możliwości ustalenia lokalizacji instalacji przetwarzających odpady odwołujący powołuje się na ogólne stwierdzenia, że informacje takie nie są trudne

do ustalenia. Przy czym podkreślić należy, że czym innym jest ustalenie lokalizacji instalacji czy to na rynku regionalnym czy też na ogólnym rynku w związku ze zniesieniem regionalizacji w zakresie gospodarki odpadami, a czym innym jest ustalenie listy podmiotów – zestawienia podmiotów współpracujących z Albą. Odwołujący twierdząc o łatwości dostępności takich informacji ogólnych nie pokusił się choćby o wskazanie regionalnych instalacji przetwarzających odpady, które w ocenie odwołującego są tak łatwe do ustalenia. Podnieść należy również, że odwołujący zauważa stanowisko Alby wskazujące

na niedobór na rynku instalacji przetwarzających odpady, tym samym zauważa argument gospodarczy, handlowy jaki uzasadnia tajemnicę przedsiębiorstwa, a jednocześnie

nie kwestionuje tej okoliczności. Za niezasadne należy uznać stanowisko odwołującego

co do wewnętrznej sprzeczności pomiędzy zwiększoną konkurencyjnością wynikającą

ze swobody w doborze instalacji oraz niedoboru instalacji na rynku. Mając na uwadze treść zastrzeżeń Alby Izba nie dostrzega tu żadnych wewnętrznych sprzeczności, wręcz przeciwnie. Okoliczności powyższe uzasadniając, że dobór instalacji podmiotów zajmujących się zagospodarowaniem odpadów wpływa na koszty ich zagospodarowania, a to na pozycję konkurencyjną wykonawcy. Tym bardziej, gdy rynek boryka się z niedoborem instalacji.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Albę uzasadnia zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu instalacji – zestawienia podmiotów współpracujących

z wykonawcą.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego poddające w wątpliwość zainteresowanie innych wykonawców instalacjami do jakich kierować zamierza Alba odpady o odpowiednich kodach odpadów oraz podjęcia przez tych wykonawców działań mających zagrażać interesom spółki (Alby) samo w sobie stanowi przyznanie, że takie interesy mogą być zagrożone. Izba ponownie odwołując się do wykładni poczynionej w wyżej powołanym wyroku Trybunału, oraz mając na uwadze powyższe przedstawione przez Izbę stanowisko co do etapu zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, podkreśla, że te zastrzeżenie informacji może mieć również znaczenie w kolejnych postępowaniach podstępowaniach o zamówienie. Alba w żadnym miejscu nie wskazała, że na potrzeby przyszłych zamówień będzie przygotowywać inne zestawienia instalacji, co nie zmienia faktu, że ten wykaz dedykowany jest właśnie temu zamówieniu.

Wymaga wskazania, że nie jest wyznacznikiem oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa możliwość przejęcia rozwiązań organizacyjno – logistycznych

w celu uzyskania realnej przewagi konkurencyjnej przy udzielaniu tego zamówienia, lecz wyznacznikiem jest ocena w zakresie spełniania przesłanki określonych

w przepisach. W ocenie Izby nie przedstawił odwołujący argumentacji uzasadniającej,

że wskazane w zastrzeżeniu wartości oraz poczynione w tym kierunku działania Alby

nie uzasadniają spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.).

W odniesieniu do dowodu złożonego na rozprawie Izba stwierdza w zakresie rozpoznania zarzutu odwołania Izba stwierdza, że nie dowodzi braku wartości gospodarczej informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez Albę. Odwołanie się do dokumentacji innego postępowania (SWZ) prowadzonego przez innego zamawiającego uzasadnia jedynie tyle, że tak właśnie tamten zamawiający prowadzi postępowanie. Izba nie dokonuje oceny zasadności czy braku zasadności określonych wymagań wskazanych w złożonym dowodzie. Fakt wprowadzenia w dokumentacji wymagania w żaden sposób nie przesądza o braku podstawy do zastrzeżenia tajemnicy w ramach prowadzonego postępowania o zamówienie w odniesieniu do którego prowadzone jest postępowanie odwoławcze. Izba podkreśla, że w zakresie oceny przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma automatyzmu, jak również nie stanowi wyznacznika dla oceny wartości gospodarczych takich informacji działanie innego

zamawiającego.

W odniesieniu do dowodów załączonych do odwołania brak jest wskazania przez odwołującego też dowodowych na okoliczność wykazania jakich te dowody zostały powołane. Niemniej w zakresie w jakim odwołujący przyjmuje fragmenty treści wskazanych dokumentów za swoje stanowisko Izba zaznacza, że w każdym przypadku ocenie poddawane są odwołania w zakresie określonych okoliczności faktycznych. Kluczem dla oceny zasadności czy braku zasadności oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie braku uzasadnienia wartości jakie mają podlegać ochronie w zakresie jaki przewidują obowiązujące przepisy prawa. Odwołującego nie zwalnia z podnoszenia takiej argumentacji odwoływanie się do innych spraw oraz innych dokumentów z innych postępowań. Izba podkreśla, że zgodnie z wyrokiem Trybunału podkreślone zostało znaczenie „zasady ochrony informacji poufnych” oznaczającej,

że ochrona informacji nie stanowi wyjątku od zasady jawności postępowania lecz stanowi osobną samoistną zasadę, która stanowi element samoistny dla oceny dokumentów w postępowaniu o zamówienie. To odwołujący ma obowiązek wykazania braku skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (brak odwrócenia ciężaru dowodu).

Mając wszystko powyższe na uwadze, Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów określonych w zarzucie odwołania, a tym samym uznaje zarzut odwołania za niezasadny.

Koszty:

Izba oddaliła odwołanie.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Zamawiający nie składał wniosku kosztowego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 oraz § 8 ust. 3 pkt 1 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca:
