

WYROK

Warszawa, dnia 04.07.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2024 r. przez Odwołującego – wykonawcę Altrad Babcock Europe spółka akcyjna z siedzibą w Rybniku

w postępowaniu w którym Zamawiającym jest ENEA Wytwarzanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Świerże Górne

przy udziale wykonawcy Remak-Energomontaż spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści zawartych przez wykonawcę Zakłady Remontowe Energetyki Katowice spółkę akcyjną z siedzibą w Katowicach w Załączniku nr 8 do oferty pn. „Oferta techniczna”

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego ENEA Wytwarzanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Świerże Górne i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego ENEA Wytwarzanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Świerże Górne na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

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 2015/23

Uzasadnienie

ENEA Wytwarzanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Świerże Górne (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „PZP” lub „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest pn. „Modernizacja kotła bloku nr 11 w 2024 r.”, nr referencyjny: KZP-AM.2103.2.2024 (dalej „postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 2024 r. pod pozycją S 73/2024 217108-2024

W dniu 10 czerwca 2024 r. wykonawca Altrad Babcock Europe spółka akcyjna z siedzibą w Rybniku (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu obejmujących zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę – Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. (dalej: „ZRE” lub „wykonawca ZRE”), tj. Załącznika nr 8 do oferty pn. „Oferta techniczna”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: UZNK) poprzez błędne uznanie, że Załącznik nr 8 do oferty pn. „Oferta techniczna” został skutecznie zastrzeżony przez ZRE klauzulą Tajemnica Przedsiębiorstwa, co skutkowało nieudostępnieniem Odwołującemu treści ww. dokumentu, podczas gdy ZRE nie wykazał w prawidłowy sposób, aby zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym powinny zostać ujawnione;

2.art. 16 PZP, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W oparciu o powyższe zarzuty i powołując się na przedstawiony interes, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu ujawnienia całości treści Załącznika nr 8 do oferty pn. „Oferta techniczna”, złożonego przez ZRE wraz z ewentualnie złożonymi dowodami i załącznikami.

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ w zakresie swojej działalności zajmuje się prowadzeniem prac remontowych i serwisowych w sektorze energetycznym, co potwierdza załączona informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z KRS.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył w postępowaniu ofertę, a zatem zapoznanie się z ofertą złożoną przez ZRE leży w interesie Odwołującego, albowiem konieczna jest weryfikacja dokumentacji złożonej przez innego wykonawcę. Tym samym, wskutek zaskarżonego zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego, Odwołujący może zostać pozbawiony możliwości obrony swoich praw.

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na okoliczności faktyczne zaistniałe w postępowaniu. Wskazał, że w postępowaniu zostały złożone oferty następujących wykonawców:

1. Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A.;
2. ALTRAD BABCOCK EUROPE S.A.;
3. REMAK-ENERGOMONTAŻ S.A.

W dniu 17 maja 2024 r. Odwołujący, na podstawie art. 74 ust. 2 pkt 1 PZP, wniósł o udostępnienie do wglądu wszystkich ofert złożonych w ww. postępowaniu. W odpowiedzi na przedmiotowy wniosek, Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2024 r. (przekazanym przy użyciu środków komunikacji elektronicznej), poinformował Odwołującego, iż Załącznik nr 8 do oferty pn. „Oferta techniczna” został zastrzeżony przez ZRE klauzulą „Tajemnica Przedsiębiorstwa”. W konsekwencji, treść Załącznika nr 8 nie została Odwołującemu udostępniona.

Istotne jest przy tym zdaniem Odwołującego, iż ZRE nie umieścił informacji stanowiących rzekomo tajemnicę przedsiębiorstwa w osobnym pliku, lecz załączył ją wraz z formularzem ofertowym, wskutek czego Odwołujący otrzymał jedynie skan oferty, co uniemożliwiło weryfikację kompletności i poprawności jej podpisania. Nadto, w ofercie nie zawarto uzasadnienia utajnienia, a jedynie zastrzeżono, że informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego, postępowanie ZRE jest w ocenie Odwołującego niezgodne z pkt 17.21 części I Specyfikacji Warunków Zamówienia do przetargu nieograniczonego na „Modernizacja kotła bloku nr 11 w 2024 r.”, który przewiduje, iż informacje zwarte w Ofercie, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK, co do których Wykonawca zastrzega, że nie mogą być udostępnione innym uczestnikom postępowania, powinny zostać załączone na Platformie Zakupowej w osobnym pliku wraz z jednoczesnym zaznaczeniem polecenia „Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa”. Nadto, Wykonawca nie później niż wraz z przekazaniem takich informacji, musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności określając, w jaki sposób zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK.

Nie ulega wątpliwości, iż jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, przewidziana w art. 18 ust. 1 PZP. Odstępstwa od zasady pełnej jawności postępowania uregulowane są przepisami PZP i wyłącznie w przypadkach tam wskazanych zamawiający może ograniczyć jej obowiązywanie. Jedną z okoliczności, jakie skutkować będą wyłączeniem obowiązywania zasady jawności, jest sytuacja, gdy wykonawca zastrzeże przekazywane zamawiającemu informacje klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa z równoczesnym wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 PZP).

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

Stanowiska doktryny i orzecznictwa są zgodne, iż aby zastrzeżenie tajemnicy było skuteczne,

musi zostać wykazane przez wykonawcę, że spełnione zostały łącznie przesłanki o charakterze formalnym nakazujące wykazanie, iż zastrzeżona informacja faktycznie nie została ujawniona do wiadomości publicznej, przy czym wykonawca zobligowany jest wskazać na konkretne działania, jakie podjął w celu ochrony poufności danej informacji, jak również przesłanki o charakterze materialnym pozwalające na stwierdzenie, że informacja, którą wykonawca stara się chronić, ma walor techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny, przy czym wykazane musi zostać, że dana informacja posiada wartość gospodarczą (A. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 18).

Podsumowując, wykonawca w celu ochrony tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przedstawianych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany jest:

- 1) zastrzec, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 2) wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK

– przy czym obie te czynności powinny nastąpić wraz z przekazaniem tych informacji w postępowaniu.

W tym kontekście należy przytoczyć orzeczenie KIO z dnia 13 marca 2017 r. w sprawie KIO 385/17, w którym stwierdzono, iż sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. W konsekwencji, z całą pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 UZNK.

W związku z powyższym, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez ZRE dla Załącznika nr 8 należy uznać za niespełniające wymagań określonych w art. 18 ust. 3 PZP, który przewiduje konieczność wykazania, że dany dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK.

Jak zostało zasygnalizowane, art. 18 ust. 3 PZP stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. Nie może zatem podlegać wykładni rozszerzającej, która mogłaby prowadzić do nadużywania przez wykonawców zastrzegania określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jego stosowanie wymaga ze strony wykonawcy podjęcia odpowiednich działań przy przekazywaniu informacji, które nie mogą podlegać ujawnieniu. Zamawiającego zaś obciąża obowiązek oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji. Skuteczność zastrzeżenia powinna być oceniana w sposób obiektywny, w oderwaniu od woli wykonawcy. Ocena ta wymaga zbilansowania interesu wykonawcy w zachowaniu poufności przekazywanych w postępowaniu informacji z obowiązkiem zachowania zasady jawności postępowania, w tym zapewnienia ochrony interesów pozostałych wykonawców, czego Zamawiający nie uczynił, albowiem za prawidłowe i zasadne uznał zastrzeżenie klauzulą „Tajemnica Przedsiębiorstwa” Załącznika nr 8 do oferty pn. „Oferta techniczna”.

Odwołujący podkreślił, iż wniosek ZRE o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zasadzie nie zawiera konkretnych informacji i podstaw do jej zastrzeżenia. ZRE w żaden sposób nie uzasadnił swojej decyzji, jak również nie poparł jej żadnymi dowodami, a w konsekwencji – wbrew wymaganiom stawianym przez PZP – nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK. Jednocześnie, brak jest możliwości weryfikacji, czy ZRE przedstawił jakiegokolwiek dowody potwierdzające m.in. podjęcie działań mających na celu ochronę przedmiotowych informacji. W rezultacie, aktualna sytuacja uniemożliwia jakąkolwiek rzeczową polemikę z treścią zastrzeżenia. Niewiadomym jest bowiem, jakiego rodzaju informacje zostały przez ZRE zastrzeżone i czy dokonane zastrzeżenie nie narusza praw wykonawców biorących udział w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także innych zainteresowanych.

Mając na uwadze powyższe, należy w ocenie Odwołującego uznać, że ZRE nie wykazał, iż zostały spełnione łącznie przesłanki o charakterze formalnym oraz o charakterze materialnym, gwarantujące skuteczność zastrzeżenia, a tym samym brak jest dowodów potwierdzających zasadność złożonego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z opisanych względów, nie może ono zostać uznane za skuteczne, a w rezultacie Zamawiający powinien ujawnić w całości Załącznik nr 8 do oferty pn. „Oferta techniczna”.

Jednocześnie postępowanie Zamawiającego należy zdaniem Odwołującego oceniać jako sprzeczne z zasadami wyrażonymi w art. 16 PZP. Zgodnie z przywołaną regulacją, obowiązkiem zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, zasad równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji, ale też równego traktowania wykonawców wiąże się także z obowiązkiem zapewnienia każdemu z wykonawców równego dostępu do informacji w postępowaniu, określających wymagania zamawiającego, a także późniejszego dokonania badania i oceny wniosków lub ofert zgodnie z regułami przyjętymi w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach

zamówienia, bez stosowania jakichkolwiek nieuzasadnionych odstępstw.

Tymczasem w wyniku nieuprawnionych czynności Zamawiającego, polegających na dokonaniu nieprawidłowej oceny skuteczności zastrzeżenia informacji, a w konsekwencji na zaniechaniu udostępnienia informacji zastrzeżonych przez ZRE jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, pozostali wykonawcy zostali pozbawieni możliwości weryfikacji oferty ZRE przedstawionej w niniejszym postępowaniu, co uniemożliwia dokonanie oceny zgodnie z regułami przyjętymi przez Zamawiającego.

Mając na uwadze podniesione powyżej zarzuty oraz uzasadnienie potwierdzające naruszenie przepisów postępowania przez Zamawiającego, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości.

W dniu 27 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację dla takiego stanowiska.

Dnia 17 czerwca 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Remak-Energomontaż spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Remak-Energomontaż spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp..

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 Pzp – „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny”.

Art. 18 ust. 1 Pzp – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*

Art. 18 ust. 3 Pzp - *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 w art. 222 ust. 5.*

Art. 11 ust. 2. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. 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.*

Art. 74 ust. 2 pkt 1 Pzp – *Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie.*

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze, że zasada jawności postępowania ustanowiona w art.

18 ust. 1 ustawy Pzp jest naczelną zasadą, na której oparte zostało postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Znajduje ona zastosowanie na każdym etapie postępowania. Celem jej wprowadzenia było nie tylko zapewnienie jawności działania podmiotów publicznych, ale również umożliwienie wykonawcom oraz wszystkim podmiotom zainteresowanym przebiegiem postępowania, zapoznania się z informacjami podanymi w jego toku. Podkreślenia wymaga, że z uwagi na transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zasada jawności może doznać ograniczeń wyłącznie w przypadkach opisanych w ustawie Pzp. Jedno z owych ograniczeń zostało przewidziane w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów 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.

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 (art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Co istotne, dla skuteczności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie wszystkie przesłanki określone w ww. przepisie.

Wykonawca dokonujący zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Owo wykazanie powinno nastąpić wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca posłużył się pojęciem „wykazał”, zatem nie może zostać uznane za wystarczające jedynie wskazanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy powołanie się na spełnienie tych przesłanek. Konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji. Okoliczności powoływane przez wykonawcę powinny mieć obiektywny charakter i być możliwe do zweryfikowania. Ponadto, w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że twierdzenia wykonawcy o czynnościach lub środkach, jakie podjął w celu zachowania określonej informacji w poufności, powinny zostać poparte dowodami.

W orzecznictwie ugruntowane jest także stanowisko, że wymóg wykazania wraz z przekazanymi informacjami, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, oznacza, że wykonawca, rezygnując z uzasadnienia zastrzeżenia informacji, z wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a także w niezbędnym zakresie ze złożenia stosownych dowodów, rezygnuje z ochrony tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie, zamawiający nie jest uprawniony do zastępowania wykonawcy w takim wykazaniu. Zamawiający nie może w szczególności bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje, co do zasady, mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, to pozwala to zamawiającemu zwolnić wykonawcę z obowiązku wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego konkretnego wykonawcy. Zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji. Brak skutecznego wykazania przez wykonawcę wraz z przekazaniem informacji, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może być sanowany na późniejszym etapie.

W ocenie Izby treść dokumentów złożonych przez wykonawcę ZRE zawarta zarówno w treści złożonej oferty (oświadczenie zawarte w załączniku nr 4 do oferty), jak również przedstawiona w piśmie wykonawcy ZRE z dnia 22 maja 2024 r. wskazują, że podmiot ten *de facto* nie podjął jakiegokolwiek próby uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego załącznika nr 8 do oferty, a tym bardziej nie wykazano podjęcia jakichkolwiek działań zmierzających do zachowania poufności informacji wskazanych jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Załącznik nr 4 załączony do ofert zawiera wyłącznie oświadczenie wykonawcy ZRE o treści *oświadczamy, że zastrzegamy informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w postaci Załącznika nr 8 do formularza ofertowego pn. „Oferta techniczna opracowana przez wykonawcę w oparciu o punkt 3.10. Części II SWZ – jak przedmiotowy środek dowodowy”*. Załącznik ten poza oświadczeniem o zastrzeżeniu informacji nie zawiera jakiegokolwiek, choćby ogólnego czy zdawkowego uzasadnienia dla zasadności dokonania takiego zastrzeżenia.

Okoliczność tę dostrzegł sam Zamawiający, który w piśmie z dnia 22 maja 2024 r. skierowanym do wykonawcy ZRE wskazał, że *Wykonawca dołączył do oferty załącznik nr 4 pn. „Zastrzeżenie nie udostępniania informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa”, bez żadnego uzasadnienia zastrzeżenia, a tym samym nie wykazał, że zastrzeżone*

informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Stosownie do art. 18 ust. 3 Ustawy, uzasadnienie takie powinno być przedłożone wraz z przekazaniem informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa.

W świetle powyższego Zamawiający poinformował, że zamierza odstąpić Załącznik 8 do Oferty, jednocześnie dając wykonawcy ZRE możliwość zajęcia stanowiska wobec powyższych okoliczności.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca ZRE w piśmie z dnia 22 maja 2024 r. wskazał, że: *Informacje wymienione w Załączniku nr 8 stanowią wartość gospodarczą, techniczną, technologiczną oraz handlową ZRE Katowice S.A. Należyte wykonanie przedmiotu tego zamówienia wymaga wielu elementów, w tym: wiedzy technicznej, znajomości technologii oraz doświadczenia projektowego. Z powyższego dokumentu wynikają rozwiązania techniczne i projektowe zgodnie z którymi Wykonawca wykonuje tego typu prace, a będące wynikiem jego doświadczenia. Elementy te są tak istotne, że ich upowszechnienie spowoduje zachwianie uczciwej konkurencji, gdyż podmioty które uzyskają dostęp do tych danych; wykorzystają doświadczenie i wiedzę ZRE Katowice S.A. To zaś doprowadzi do zmniejszenia konkurencyjności naszego przedsiębiorstwa na rynku, a także w przyszłych postępowaniach tego typu. Wszystkie te elementy są wynikiem wiedzy i kilkudziesięcioletniego doświadczenia naszego przedsiębiorstwa.*

Poza powyższymi deklaracjami o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej, technicznej, technologicznej i handlowej oraz wpływie na zakłócenie konkurencji, wykonawca nie doprecyzował, a nawet nie przedstawił w ogólnym przywoływanej wartości zastrzeganych informacji czy też w jaki sposób ich ujawnienie wpłynęłoby na zachwianie uczciwej konkurencji. Nie przedstawiono również jakichkolwiek dokumentów, które potwierdzałyby twierdzenia zawarte w treści odpowiedzi Same deklaracje czy oświadczenia, jak wskazano już wyżej, nie stanowią „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 pzp.

Za błędne należy uznać stanowisko jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazania pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ZNKU. Co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji. Wskazanie wartości gospodarczej może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może zostać też zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Nie jest istotne czy wartość gospodarcza jest wysoka, czy niska, ważne jest aby ta wartość istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji. O ile w przypadku ujawnienia zastrzeżonych informacji mogłoby wystarczyć ogólne uzasadnienie odwołujące się do podstawowych zasad, o tyle już w przypadku uznania zastrzeżenia za skuteczne, uzasadnienie to powinno zawierać szczegółowe i drobiazgowo wyjaśnienie okoliczności i argumentów przemawiających za uznaniem zastrzeżenia jako skuteczne.

Tymczasem treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawiona przez wykonawcę ZRE sprowadza się w tym zakresie wyłącznie do stwierdzenia, że informacje zawarte w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dołączonych stanowią dla tego podmiotu istotną wartość gospodarczą, techniczną i handlową, bez najmniejszej próby choćby dookreślenia tej wartości lub podstaw jej ustalenia. W tym zakresie głoślowe zapewnienia ze strony wykonawcy ZRE, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa, nie mogą stanowić podstawy do ograniczenia zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawca ZRE nie wykazał poza słownymi zapewnieniami za pomocą jakichkolwiek dowodów czy choćby rozbudowanej argumentacji, że ujawnienie treści załącznika nr 8 – oferta techniczna spowodowałyby straty związane z ich ujawnieniem. Za uzasadnienie taki nie mogą być uznane ogólnikowe stwierdzenie, że dane te umożliwiają wykorzystanie doświadczenia i wiedzy wykonawcy ZRE innym podmiotom w sytuacji gdy wykonawca ten w tym zakresie poza ich podniesieniem nie przedstawił szczegółowych i drobiazgowych wyjaśnienie okoliczności i argumentów przemawiających za uznaniem zastrzeżenia jako skuteczne czy też jakichkolwiek dokumentów na wykazanie stawianej tezy.

Analogicznie wykonawca ZRE nie przedstawił również żadnych dokumentów potwierdzających podjęcie jakichkolwiek działań zmierzających do zachowania informacji w poufności, co stanowi drugą z obligatoryjnych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw w świetle art. 11 ust. 2 UZNK. O charakterze informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa nie przesądza wbrew twierdzeniom Zamawiającego sam fakt, że zastrzegane informacje odnoszą się do rozwiązań technicznych i projektowych będących wynikiem wiedzy i wieloletniego doświadczenia wykonawcy ZRE. Istotne w tym zakresie są działania jakie uprawniony (w tym wypadku wykonawca ZRE) podjął w celu utrzymania ich w poufności. Również w tym zakresie wykonawca ZRE nie przedstawił jakichkolwiek okoliczności. W świetle powyższego należy podkreślić, że zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców każdy podmiot biorący udział w postępowaniu ma jednakowe prawa i obowiązki w jego toku. Zasada ta ma szczególne znaczenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasad w nich obowiązujących. Przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą

konieczność ujawnienia pewnych informacji

o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą czy charakter działalności wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw

do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się zatem z tym, że ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału

w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawnymi tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych nie popartych jakimikolwiek dowodami powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy z dnia

11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie zamawiającemu obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca sprostą obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika ze stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, wobec braku przedłożenia przez wykonawcę ZRE – poza oświadczeniem własnym – jakichkolwiek dowodów czy szczegółowych wyjaśnień i argumentów na potwierdzenie podjęcia działań zmierzających do zachowania zastrzeganych informacji w poufności, należy jednoznacznie stwierdzić, że wykonawca ten wyżej opisanemu obowiązkowi nie sprostą. Wymóg wykazania wraz z przekazanymi informacjami, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, oznacza, że wykonawca rezygnując z uzasadnienia zastrzeżenia informacji, z wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a także w niezbędnym zakresie ze złożenia stosownych dowodów, rezygnuje z ochrony tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem jak wynika ze zgromadzonego w toku postępowania materiału dowodowego oraz stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, podjęcie takich działań nie zostało choćby uprawdopodobnione czy tym bardziej wykazane, jak wymaga tego wprost art. 18 ust. 3 pzp.

Wobec powyższego potwierdził się postawiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w związku z art. 11 ust. 2 UZNK w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp i tym samym zarzut ten podlegał uwzględnieniu, a tym samym Izba uznała, że zaistniały podstawy do uznania zastrzeżenia informacji za nieskuteczne.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Jednocześnie Izba nie zaliczyła w poczet kosztów postępowania kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, z uwagi na fakt, iż przedłożony Izbie rachunek mający stanowić potwierdzenie poniesienia ww. kosztu został wystawiony na podmiot, który w przedmiotowej sprawie nie był pełnomocnikiem Odwołującego.

Przewodniczący:.....