

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę ELEMONT S.A. z siedzibą w Opolu

w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zakład Energetyki Ciepłej „EKOTERM”

Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia Miko – Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych oraz Smart EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 i art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła dokumentów: (1) INNIO Jenbacher GmbH & Co OG\_Company Register Extract\_ENG\_JB signed PL; (2) INNIO Jenbacher GmbH Co OG\_Company Register Extract\_ENG\_JB signed; (3) INNIO statement Ekoterm Zywiec\_v3\_JB signed; (4) PoA.A.K. PL oraz (5) PoA.A.K. PPL new\_signed.
2. Uwzględni odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje Zamawiającemu ujawnienie złożonych przez UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim dokumentów: (6) karty katalogowej J312 D206; (7) karty katalogowej J616 L06; (8) opisu technicznego J312; (9) opisu technicznego J616; (10) dane techniczne KOTŁA WODNEGO UT-M oraz (11) karty kotła 1,5MW Binder VRRK 1500kW 10 bar.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Miejski Zakład Energetyki Ciepłej „EKOTERM” Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ELEMONT S.A. z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 1 930 zł 47 gr (słownie: tysiąc dziewięćset trzydzieści złotych czterdzieści siedem groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego - Miejski Zakład Energetyki Ciepłej „EKOTERM” Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 3.2. zasądza od zamawiającego – Miejskiego Zakładu Energetyki Ciepłej „EKOTERM” Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu na rzecz odwołującego – wykonawcy ELEMONT S.A. z siedzibą w Opolu kwotę 25 530 zł 47 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset trzydzieści złotych czterdzieści siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz 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.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 996/24

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Miejski Zakład Energetyki Ciepłej „EKOTERM” Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *przebudowę kotłowni Rejonowej „Pod Grapą” dla potrzeb wysokosprawnej kogeneracji i nowych jednostek wytwórczych zasilanych gazem* (znak postępowania: 1/01/2024/PN).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 35984-2024.

W dniu 25 marca 2024 r. wykonawca ELEMONT S.A. z siedzibą w Opolu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 PZP

w zw. z art. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 – „UZNK”) w zw. z art. art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 PZP i art. 16 PZP, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów, mimo iż:

- dokumenty: (1) INNIO Jenbacher GmbH & Co OG\_Company Register Extract\_ENG\_JB signed PL; (2) INNIO Jenbacher GmbH & Co OG\_Company Register Extract\_ENG\_JB signed; (3) INNIO statement Ekoterm Zywiec\_v3\_JB signed; (4) PoA A.K. PL; (5) PoA A.K. PPL new\_signed; (6) karty katalogowej J312 D206; (7) karty katalogowej J616 L06; (8) opisu technicznego J312; (9) opisu technicznego J616; (10) Dane techniczne KOTŁA WODNEGO UT-M; (11) Karty kotł 1,5MW Binder VRRK 1500kW 10 bar nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ Unibep

w żaden sposób nie wykazał faktu podjęcia działań zmierzających do zachowania ich poufności, co stanowi warunek sine qua non skuteczności takiego zastrzeżenia;

– ponadto informacje zawarte w dokumentach wymienionych w pkt (1) - (5) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

(a) uwzględnienie odwołania w całości;

(b) nakazanie Zamawiającemu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. dokumentów złożonych w Postępowaniu wraz z ofertą przez wykonawcę Unibep oraz dokonania ich odtajnienia, a następnie udostępnienia ich Odwołującemu;

(c) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie na rzecz Odwołującego równowartości kwoty wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego wraz z kosztami dojazdu na posiedzenie, według spisu kosztów przedłożonego na posiedzeniu;

(d) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na okoliczności tam wskazane.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy oraz argumentację prawną.

**BRAK SKUTECZNOŚCI ZASTRZEŻENIA INFORMACJI JAKO TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

Odwołujący zwrócił uwagę, że w stosunku do wszystkich dokumentów, których dotyczy niniejsze odwołanie (w tym w szczególności wskazanych w pkt 13 lit. A ppkt (6) – (11)) Unibep w żaden sposób nie wykazała faktu podjęcia działań zmierzających do zachowania ich w poufności, co stanowi warunek sine qua non skuteczności zastrzeżenia.

Podkreślał, że przepisy PZP dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wymagają od wykonawcy wykazania wszystkich elementów składowych tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem również elementu organizacyjnego ochrony danej informacji

w postaci swoich działań zmierzających do zachowania poufności informacji chronionej przez przedsiębiorcę. Uzasadniał, że jak stanowi jednoznacznie przepis art. 18 ust. 3 PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie, o którym mowa w tym przepisie zbliża się do udowodnienia, co powoduje, że wykonawca powinien m.in. przedstawić dokumenty potwierdzające podjęcie działań mających celu utrzymanie w poufności zastrzeganych informacji. Odwołujący na poparcie stanowiska przywołał wyrok KIO 674/23 oraz KIO 544/23. Wskazał, iż przywołane stanowiska KIO mają istotne znaczenie dla niniejszej sprawy, ponieważ w swojej ofercie Unibep ograniczyła się jedynie do ogólnikowych opisów rzekomo podejmowanych działań zmierzających do zachowania w poufności informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie przedstawiła jednakże żadnego dowodu na okoliczność podjęcia takich działań ograniczając swoje „wykazanie”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 PZP, tylko do przedstawienia oświadczenia własnego. Treść tego oświadczenia wskazuje jednakże, że Unibep, gdyby faktycznie chroniła informacje zastrzegane w Postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, to bez żadnego problemu mogłaby przedstawić dowody potwierdzające podejmowanie działań mających na celu ochronę zastrzeganych informacji.

Przykładowo, Unibep wskazuje w załączniku do swojej oferty, że: „*Informacje zawarte w utajnionej części oferty nie stanowią informacji powszechnie dostępnej, dostęp do nich posiada jedynie wąskie grono współpracowników Wykonawcy, zobowiązanych do zachowania ich w tajemnicy.*”, nie precyzuje przy tym jakie jest to grono, ani też nie przedstawia żadnych regulacji korporacyjnych określających ekskluzywny charakter dostępu do informacji. W spółce kapitałowej, w tym w szczególności w spółce publicznej (notowanej na giełdzie papierów wartościowych) istnienie i funkcjonowanie tego rodzaju regulacji jest normalnym i naturalnym elementem ładu korporacyjnego, o ile spółka w istocie chroni tego rodzaju informacje.

Analogicznie, skoro Unibep wskazuje w swoim oświadczeniu, że: „*Poufność informacji jest chroniona przez Wykonawcę w ramach ogólnego systemu ochrony danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, na który składają się fizyczne środki ochrony danych*”, to powinna wykazać faktycznie istnienie takiego systemu, jego treść oraz zasady

funkcjonowania w przedsiębiorstwie.

Wreszcie, gdy Unibep pisze, że stosuje procedury „zapewniające bezpieczeństwo danych poufnych w sieci informatycznej przedsiębiorstwa Wykonawcy (m.in. autoryzacja dostępu do urządzeń kopiująco-drukujących oraz wydruków za pomocą kart zbliżeniowych) oraz bezpieczeństwo danych przesyłanych za pośrednictwem Internetu (m.in. kontrola ruchu w sieci, zapewnienie bezpieczeństwa komputerów, umieszczenie serwerów w bezpiecznych pomieszczeniach, zabezpieczenie informacji stosownym oprogramowaniem)”, to winna opisać takie procedury, a dokumenty je wyrażające załączyć do oferty. Dokładnie tak samo powinien postąpić w przypadku opisywanej przez siebie instrukcji przygotowywania

i załączania do oferty dokumentów zawierających tajemnice chronione.

Odwołujący wskazał, że ciężar wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Dopóki wykonawca nie podejmie odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności, a następnie nie wykaże, że działania takie zostały przez niego podjęte, nie jest spełniony konieczny warunek do przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Powołał się na fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2021 r. sygn. akt KIO 320/21. Zdaniem Odwołującego, Unibep nie wykazała powzięcia działań mających na celu utrzymanie zastrzeganych informacji w poufności, co stanowi równorzędną z innymi i kumulatywną przesłankę z art. 11 ust. 2 UZNK. Mimo powołania się na rzekomo stosowane w tym zakresie środki, zdaniem Odwołującego, mają one co najwyżej charakter pozorny, bowiem wykonawca ten, pomimo werbalnych deklaracji w tym zakresie, nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego realne stosowanie tych działań i środków. Odwołujący przywołał wyrok KIO 679/23 i wskazał, że powyższy wywód w pełni uzasadnia sformułowany zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 PZP i art. 16 PZP. Z uwagi na przedstawione powyżej okoliczności (brak dowodów dot. podejmowania działań zmierzających do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności) zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Unibep jest bezskuteczne, a wskazane powyżej dokumenty wchodzące

w skład oferty powinny zostać przekazane wykonawcom zgodnie z jednoznacznym nakazem płynącym z postanowień art. 74 ust. 2 pkt 1 PZP.

#### INFORMACJE NIESTANOWIĄCE TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA

Odwołujący podniósł, iż jak już wskazano powyżej, 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. Istotnym jest, że Unibep dokonał zbiorczego uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy dla wszystkich dokumentów wymienionych w dokumencie zawierającym to uzasadnienie, wskazując, że wszystkie zastrzeżone dokumenty dotyczą w istocie parametrów oferowanej instancji, mając w związku z tym charakter techniczny i technologiczny. Tym nie mniej na tyle, na ile Odwołujący jest

w stanie wywnioskować z nazw i opisów dokumentów zawartych w piśmie Unibep, wymienionych także w pkt 13 lit. A ppkt 1 – 5 Odwołania, trudno dopatrzeć się w nich informacji technicznych, technologicznych czy organizacyjnych przedsiębiorstwa wykonawcy, ani jakichkolwiek innych informacji posiadających wartość gospodarczą.

Dokumenty z pkt 13 lit. A ppkt 1 – 2 Odwołania (pn. „INNIO Jenbacher GmbH & Co OG\_Company Register Extract\_ENG\_JB signed PL” oraz „INNIO Jenbacher GmbH & Co OG\_Company Register Extract\_ENG\_JB signed”) dokumenty rejestrowe INNIO Jenbacher GmbH & Co OG (w języku angielskim i polskim), która jako spółka utworzona zgodnie z prawem Republiki Austrii podlega wpisowi do rejestru handlowego (Firmenbuch). Zgodnie z przepisami austriackiej ustawy o rejestrze handlowym (Firmenbuchgesetz – FBG) oraz austriackiego Kodeksu handlowego (Unternehmensgesetzbuch – UGB) dane rejestrowe są jawne formalnie i są udostępniane każdemu zainteresowanemu. Nie ma zatem jakichkolwiek podstaw do ich utajnienia przez Unibep, zaś Zamawiający nie może odmówić dostępu do nich wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu.

Trudno dostrzec też jakikolwiek element mogący chociażby potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w oświadczeniu INNIO Jenbacher GmbH & Co OG (dokument z pkt 13 lit. A ppkt 3 Odwołania pn. „INNIO statement Ekoterm Zywiec\_v3\_JB signed”). Najprawdopodobniej jest to oświadczenie dotyczące dostępności urządzeń tego producenta na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia lub dot. serwisu urządzeń tego producenta. Oświadczenie takie nie może zostać utajnione, gdyż nie zawiera w sobie żadnych informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą.

Wreszcie dokumenty wymienione w pkt 13 lit. A ppkt 4 i 5 Odwołania (dokumenty pn. „PoA A.K. PL” oraz pn. „PoA A.K. PPL new\_signed”), to jedynie pełnomocnictwa udzielone p. A.K. (będącemu przedstawicielem handlowym INNIO

Jenbacher GmbH & Co OG, co jest zresztą faktem publicznie znanym), które także nie mają żadnej wartości gospodarczej, gdyż występowanie p. A.K. w charakterze INNIO Jenbacher GmbH & Co OG jest faktem powszechnie znanym. Ponadto, pełnomocnictwo, jako dokument wyrażający zakres umocowania udzielonego przez mocodawcę pełnomocnikowi wymaga jego okazania przez pełnomocnika osobom trzecim, przed którymi pełnomocnik działa w imieniu mocodawcy. Tym samym, już z samej swej istoty, dokument ten obejmuje dane, które podlegają upublicznieniu, a nie informacje, które mają być zachowane w poufności.

Biorąc na uwadze powyższe, Unibep nienależycie uzasadnił zastrzeżenie informacji zawartych w ww. dokumentacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, iż niezależnie od faktu, iż dokumenty z pkt 1 - 5 posiadają cech pozwalających na uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, to w stosunku do tych dokumentów Unibep w żaden sposób nie wykazał, że INNIO Jenbacher GmbH & Co OG lub Ferox Energy Systems Sp. z o.o. (jako podmioty uprawnione do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi) podjęły działania w celu utrzymania ich w poufności. Nie można tracić

z pola widzenia, iż zasadniczym elementem skuteczności utajnienia tych dokumentów są działania samego INNIO Jenbacher GmbH & Co OG, gdyż to tego podmiotu one dotyczą lub działania Ferox Energy Systems Sp. z o.o., który to podmiot udostępnia zasoby Unibep i jest jednocześnie pośrednikiem INNIO Jenbacher GmbH & Co OG na rynek polski. Ewentualna próba utajnienia tych dokumentów przez Unibep (co zresztą nie ma miejsca w niniejszym przypadku – o czym była mowa powyżej), w sytuacji, gdy nie chroni ich sama INNIO Jenbacher GmbH & Co OG ani Ferox Energy Systems Sp. z o.o. jest bezskuteczne

w świetle art. 18 ust. 3 PZP. Aby Unibep mogła skutecznie zastrzec informacje dot. tajemnicy przedsiębiorstwa dot. osoby trzeciej, to w pierwszym rzędzie ta osoba trzecia musi chronić daną informację, jako stanowiącą jej własną tajemnicę przedsiębiorstwa. W kontekście powyższego istotnym jest także, że podmiot udostępniający zasoby Unibep w niniejszym Postępowaniu, od którego pochodzi część zastrzeżonych dokumentów, tj. Ferox Energy Systems Sp. z o.o., oferując w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jako wykonawca, składając dokumenty analogiczne jak w niniejszym Postępowaniu, o których mowa w pkt 13 lit. A ppkt (1), (2), (4) i (5) Odwołania, nie dokonuje ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej, nie zastrzega on także jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentu wskazanego w pkt 13 lit. A ppkt (7) Odwołania tj. karty katalogowej J616 L06. Powyższe świadczy o tym, że zastrzeżenie dokonane przez Unibep pozostaje nienależyte i niezasadne.

Zamawiający w dniu 8 kwietnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. pismo procesowe złożył Odwołujący.

W dniu 9 kwietnia 2024 r. pismo procesowe złożył Przystępujący, wnosząc

o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu pierwszego (dotyczącego nieskuteczności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa) oraz umorzenie postępowania w zakresie zarzutu drugiego (dotyczącego niespełnienia przez informacje zawarte w dokumentach wymienionych w pkt. I ppkt. (1) – (5) odwołania przesłanki materialnej tajemnicy przedsiębiorstwa).

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,

o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę UNIBEP S.A.

z siedzibą w Bielsku Podlaskim [dalej „Przystępujący” lub „UNIBEP”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Miko – Tech Sp. z o.o. z siedzibą

w Łaziskach Górnych oraz Smart EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Przystępującego UNIBEP oraz korespondencję Zamawiającego z wykonawcami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 kwietnia 2024 r.

Izba zaliczyła do akt sprawy złożony przez Przystępującego UNIBEP dowód w postaci oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 6 marca 2024 r.

Jednocześnie w poczet materiału dowodowego sprawy Izba włączyła złożone przez Odwołującego przy piśmie z dnia 8 kwietnia 2024 r. dowody:

- 1) Załącznik nr 1 - formularz oferty Ferox Energy Systems Sp. z o.o. złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji w Opolu”;
- 2) Załącznik nr 2 - wyciąg z Rejestru Handlowego Republiki Austrii zawierający aktualne dane dla spółki Innio Jenbacher GmbH & Co OG o numerze wpisu FN 239923 d w języku polskim przedłożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji w Opolu” przeprowadzonym przez ECO Kogeneracja Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu;
- 3) Załącznik nr 3- wyciąg z Rejestru Handlowego Republiki Austrii zawierający aktualne dane dla spółki Innio Jenbacher GmbH & Co OG o numerze wpisu FN 239923 d w języku niemieckim przedłożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji w Opolu” przeprowadzonym przez ECO Kogeneracja Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu;
- 4) Załącznik nr 4 - pełnomocnictwo z dnia 1 lipca 2020 r. udzielone przez INNIO Jenbacher GmbH & Co OG p. A.K. w wersji polskiej przedłożone przez Ferox w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji w Opolu” przeprowadzonym przez ECO Kogeneracja Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu;
- 5) Załącznik nr 5 - pełnomocnictwo z dnia 1 lipca 2020 r. udzielone przez INNIO Jenbacher GmbH & Co OG p. A.K. w wersji angielskiej przedłożone przez Ferox w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji w Opolu” przeprowadzonym przez ECO Kogeneracja Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu.
- 6) Załącznik nr 6 - formularz oferty Unibep S.A. złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa bloku gazowego w oparciu o turbinę gazową z wodnym kotłem odzysknicowym w PGE EC S.A. Oddział Elektrociepłownia w Kielcach oraz umowa serwisowa dla Turbiny Gazowej”;
- 7) Załącznik nr 7 – uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączone oferty Unibep S.A. złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa bloku gazowego w oparciu o turbinę gazową z wodnym kotłem odzysknicowym w PGE EC S.A. Oddział Elektrociepłownia w Kielcach oraz umowa serwisowa dla Turbiny Gazowej”;
- 8) Załącznik nr 8 - pełnomocnictwo udzielone przed podmiot udostępniający zasoby wykonawcy Unibep S.A. p. Pavlowi Khromov na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Budowa bloku gazowego w oparciu o turbinę gazową z wodnym kotłem odzysknicowym w PGE EC S.A. Oddział Elektrociepłownia w Kielcach oraz umowa serwisowa dla Turbiny Gazowej”;
- 9) Załącznik nr 9 - zobowiązanie SOLAR TURBINES SWITZERLAND SAGL do oddania Unibep S.A. zasobów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa bloku gazowego w oparciu o turbinę gazową z wodnym kotłem odzysknicowym w PGE EC S.A. Oddział Elektrociepłownia w Kielcach oraz umowa serwisowa dla Turbiny Gazowej”, przeprowadzonym przez PGE Energia Ciepła S.A.;
- 10) Załącznik nr 10 - informacja ze szwajcarskiego Rejestru Handlowego kantonu Ticino dla SOLAR TURBINES SWITZERLAND SAGL w wersji polskiej i włosko-angielskiej złożona przez Unibep S.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa bloku gazowego w oparciu o turbinę gazową z wodnym kotłem odzysknicowym w PGE EC S.A. Oddział Elektrociepłownia w Kielcach oraz umowa serwisowa dla Turbiny Gazowej”, przeprowadzonym przez PGE Energia Ciepła S.A.;
- 11) Załącznik nr 11 – karta katalogowa j616 j02 (opis techniczny) w wersji polskiej złożona przez Ferox w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji w Opolu”;
- 12) Załącznik nr 12 – karta katalogowa j616 j02 (opis techniczny) w wersji angielskiej złożona przez Ferox w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji w Opolu”.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 8 marca 2024 r. upłynął termin składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 4 oferty.

Wykonawca UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim wraz z ofertą złożył następujące dokumenty: (1) INNIO Jenbacher GmbH & Co OG\_Company Register Extract\_ENG\_JB signed PL; (2) INNIO Jenbacher GmbH & Co OG\_Company Register Extract\_ENG\_JB signed; (3) INNIO statement Ekoterm Zywiec\_v3\_JB signed; (4) PoA.A.K. P (5) PoA.A.K. PPL new\_signed; (6) karta katalogowa J312 D206; (7) karta katalogowa J616 L06; (8) opis techniczny J312;

(9) opis techniczny J616; (10) Dane techniczne KOTŁA WODNEGO UT-M; (11) Karta kotła 1,5MW Binder VRR 1500kW 10 bar, które objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa. Do oferty zostało załączone uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące ww. dokumentów.

W dniu 8 marca 2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu. W odpowiedzi na przedmiotowy wniosek, Zamawiający dnia 13 marca 2024 r. przekazał Odwołującemu oferty, w tym ofertę UNIBEP, zawierającą uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące ww. dokumentów.

Pismem z dnia 18 marca 2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów, o których mowa powyżej wskazując jednocześnie na niezasadność i nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 19 marca 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że uznaje za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. dokumentów przez UNIBEP.

W dniu 4 kwietnia 2024 r. Zamawiający wystąpił do UNIBEP z wnioskiem o wyrażenie zgody na odtajnienie dokumentów, o których mowa w pkt. 1 – 5 powyżej.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2024 r. Przystępujący wyraził zgodę na odtajnienie ww. dokumentów.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie zarzutu naruszenia art. 18

ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 i art. 16 ustawy Pzp w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła dokumentów: (1) INNIO Jenbacher GmbH & Co OG\_Company Register Extract\_ENG\_J signed PL; (2) INNIO Jenbacher GmbH & Co OG\_Company Register Extract\_ENG\_JB signed; (3) INNIO statem Ekoterm Zywiec\_v3\_JB signed; (4) PoAA.K. PL oraz (5) PoAA.K. PPL new\_signed, czemu Izba dała wyraz w punkcie 1 sentencji.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W niniejszej sprawie Strony i Uczestnik postępowania w toku posiedzenia zgodnie twierdzili, iż obecnie nie ma sporu co do zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy w zakresie zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu ww. dokumentów. Zamawiający w toku posiedzenia wyjaśnił, że ww. dokumenty zostały udostępnione odwołującemu się Wykonawcy w dniu 8 kwietnia 2024 r.

Wskazać należy, iż zaskarżenie zaniechania, które w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego.

Co więcej, w niniejszej sprawie Zamawiający wykonał już czynność, której zaniechanie zarzucił Odwołujący. Prowadzenie w takiej sytuacji postępowania odwoławczego zdaniem składu orzekającego uznać należy za zbędne.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że w pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 i art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez UNIBEP jako tajemnica przedsiębiorstwa złożonych wraz z ofertą dokumentów: (6) karty katalogowej J312 D206; (7) karty katalogowej J616 L06; (8) opisu technicznego J312; (9) opisu technicznego J616 oraz (10) Dane techniczne KOTŁA WODNEGO UT-M oraz (11) Karty kotła 1,5MW Binder VRR 1500kW 10 bar.

Na wstępie Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Zamawiającego jakoby Odwołujący wniesionym odwołaniem skonstruował trzy osobne zarzuty, tj. naruszenia

1) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, 2) art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz 3) art. 16 ustawy Pzp. Wbrew stanowisku Zamawiającego konstrukcja odwołania wskazuje, iż podniesiono jeden zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych przez UNIBEP wraz z ofertą, a zatem podlegających udostępnieniu co do zasady od otwarcia ofert, co z kolei przekłada się na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 ustawy. Stanowisko Zamawiającego

w powyższym zakresie stanowi wyłącznie jego subiektywną ocenę, której Izba nie podziela.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp, protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, 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 - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Izba wskazuje, iż art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych

z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie

(art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że 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. ) [dalej „uznk”], jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy.

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa,

o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z ww. przepisem, 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 końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że rację miał Odwołujący, iż Przystępujący UNIBEP, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone wraz z ofertą informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 uznk, w szczególności nie zostały wykazane środki mające gwarantować poufność informacji.

W pierwszej kolejności w ocenie Izby zasadnym jest odniesienie się do pojęcia „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, które było zasadniczą osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego. W ocenie Izby rację miał Odwołujący, iż sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Użyte w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Prezentowany powyżej pogląd znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych, sygn. ak, w którym wskazano, iż »*Termin „wykazanie” oznacza nic innego, jak obowiązek udowodnienia, iż dane informacje spełniają warunki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższych względów, zdaniem Sądu Okręgowego, skarżący winien był udowodnić, tj. przedstawić dowody, że konkretne informacje mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd nie było wystarczającym samo twierdzenie skarżącego*

*o spełnieniu przez zastrzegane przez niego informacje warunków utajnienia.*« Podobnie wypowiedział się ww. Sąd w wyroku z dnia 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21:»*Sąd kierując się właśnie tym założeniem uznał, że powinno mieć ono wpływ również na wykładnię pojęcia „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 1 Pzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku*

„udowodnienia” w rozumieniu k.p.c.» (por. także m.in. wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21 i z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22).

Przenosząc powyższe uwagi prawne na grunt niniejszej sprawy Izba stwierdziła, iż analiza zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez UNIBEP potwierdza, że Wykonawca wykazał, jakie działania podjął celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności, w szczególności nie przedstawił żadnych dowodów. W konsekwencji uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa UNIBEP w zakresie ww. przesłanki nie sposób zweryfikować. Nie można stwierdzić, czy wskazane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa środki rzeczywiście są podejmowane oraz gwarantują poufność danych.

Izba wskazuje, iż w toku rozprawy ustalono, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty nie zostały wytworzone przez UNIBEP, lecz przez inne podmioty. Z wyjaśnień Przystępującego złożonych podczas rozprawy wynika, iż dokumenty nr 1 - 9 pochodzą od podmiotu Ferox Energy Systems Sp. z o.o., z kolei dokumenty nr 10 – 11 wytworzył inny podmiot. W kontekście powyższego wymaga zauważenia, iż nie zostało przez Przystępującego wykazane, że UNIBEP został zobowiązany przez wystawców omawianych dokumentów do zachowania poufności informacji (danych) w nich zawartych. Wraz z ofertą nie zostały przedstawione żadne dokumenty zobowiązującego Przystępującego do zagwarantowania poufności danych podmiotów trzecich. Co więcej, nie zostało wykazane, aby podmioty trzecie skutecznie chroniły ww. dokumenty jako stanowiące ich własną tajemnicę przedsiębiorstwa, co słusznie podniósł w odwołaniu Wykonawca. Podkreślić należy, iż oświadczenie Ferox Energy Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z dnia

6 marca 2024 r. złożone przez Przystępującego nie zostało przedstawione wraz z ofertą. Jak już wskazano powyżej, art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Zaniedbanie Przystępującego w przekazaniu rzeczowego oświadczenia wraz z ofertą obciąża Wykonawcę i nie może być sanowane na późniejszym etapie. Niemniej jednak zdaniem składu orzekającego warto zauważyć, iż w oświadczeniu Ferox Energy Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wskazał, iż tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowiły m.in. dokumenty, o których mowa w punktach 1 – 5 uzasadnienia zastrzeżenia, w tym pełnomocnictwa i dokumenty rejestrowe, z ochrony, których finalnie zrezygnował Przystępujący, co jedynie podważa rzetelność ww. oświadczenia, jak i samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z treści tego oświadczenia nie wynika również, jakie konkretnie informacje, dane, parametry, czy też unikatowe rozwiązania techniczne lub technologiczne chroni Ferox Energy Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Takie dane nie wynikają także z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa UNIBEP.

W istocie złożone oświadczenie Ferox Energy Systems Sp. z o.o. miało charakter lakoniczny, dotyczyło zbiorczo wszystkich dokumentów w nim wymienionych i nie zostało zindywidualizowane w stosunku do zakresu informacji (danych), które podmiot ten zamierzał objąć poufnością. Jeżeli Przystępujący chciał zastrzec np. określone parametry czy dane, to wystarczyło utajnić jedynie określone fragmenty dokumentów zawierające wrażliwe dane, a nie pełną treść tych dokumentów. Wiedzę w tym zakresie Przystępujący musiałby jednak czerpać z oświadczenia podmiotów trzecich, z którymi współpracuje, a jak już podniesiono powyżej, w oświadczeniu Ferox Energy Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach nie zostało wskazane, które konkretnie dane w złożonych dokumentach nr 1 – 9 z uwagi na ich wrażliwy charakter wymagają poufności.

Dokonując analizy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazać należy, iż w zakresie środków poufności Przystępujący podał m.in. *„Informacje zawarte w utajnionej części oferty nie stanowią informacji powszechnie dostępnej, dostęp do nich posiada jedynie wąskie grono współpracowników Wykonawcy, zobowiązanych do zachowania ich*

*w tajemnicy”*. Odnosząc się do powyższego zauważyć należy, iż Przystępujący nie wyjaśnił jakie jest to grono współpracowników, nie przedstawił żadnych regulacji określających ekskluzywny charakter informacji, czy też np. stosownych klauzul umownych zobowiązujących współpracowników do ochrony informacji. Samo zapewnienie Wykonawcy o wąskim gronie osób, który ma dostęp do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa zdaniem składu orzekającego nie jest wystarczające dla skutecznego wykazania przesłanki poufności.

Następnie Izba wskazuje, iż Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia podał, że *„Poufność informacji jest chroniona przez Wykonawcę w ramach ogólnego systemu ochrony danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, na który składają się fizyczne środki ochrony danych, m.in. ochrona kompleksu biurowego, w którym znajduje się biuro Wykonawcy przez firmę zewnętrzną; ograniczenie dostępu do budynku, w którym mieści się siedziba Wykonawcy poprzez system kart chipowych, obowiązek przejścia przez recepcję i rejestracji w książce odwiedzin, monitoring, właściwy obieg dokumentacji, a także stosowanie procedur zapewniających bezpieczeństwo danych poufnych w sieci informatycznej przedsiębiorstwa Wykonawcy (m.in. autoryzacja dostępu do*

urządzeń kopiującodrukujących oraz wydruków za pomocą kart zbliżeniowych) oraz bezpieczeństwo danych przesyłanych za pośrednictwem Internetu (m.in. kontrola ruchu w sieci, zapewnienie bezpieczeństwa komputerów, umieszczenie serwerów w bezpiecznych pomieszczeniach, zabezpieczenie informacji stosownym oprogramowaniem). Ponadto u Wykonawcy obowiązuje ścisła instrukcja przygotowywania i załączania do oferty dokumentów zawierających tajemnice chronione.(...)” Analiza powyższego fragmentu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zdaniem składu orzekającego prowadzi do wniosku, iż Przystępujący mógł część ww. rozwiązań z łatwością wykazać przedstawiając choćby obowiązujące w jego przedsiębiorstwie procedury czy instrukcje przygotowywania i załączania do oferty dokumentów zawierających tajemnicę chronioną, na które się sam powołał, czego jednak w tej sprawie zaniechał. Wskazać należy, iż wykonawca, który nie dokłada należytej staranności i nie wykazuje przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa poprzez złożenie stosownych dowodów w niezbędnym zakresie, sam rezygnuje z ochrony tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Obowiązkiem zamawiającego jest weryfikacja skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez wykonawcę i podjęcie w zależności od jej wyniku stosownych działań. Nie można zgodzić się zatem z twierdzeniem Zamawiającego, iż „Zamawiający nie ma zatem prawa kwestionować, że zastrzeżone przez UNIBEP SA informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony. Tym samym zamawiający winien każdorazowo ocenić, czy istniały podstawy by daną informację wykonawca mógł zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa i czy uczynił to skutecznie. W niniejszej sprawie Zamawiający nie dopełnił obowiązków w tym zakresie.

Odnosząc się do pisma Odwołującego z dnia 8 kwietnia 2024 r. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego oraz UNIBEP, iż w zasadniczej mierze rozszerza ono podstawy faktyczne zarzutu odwołania, przez co nie mogło zostać wzięte pod uwagę przy rozstrzygnięciu. Stosownie do art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wskazać należy, iż pismo Odwołującego z dnia

8 kwietnia 2024 r. nie stanowiło polemiki z odpowiedzią na odwołanie, czy też pismem procesowym UNIBEP, lecz zawierało nowe, niewskazane w odwołaniu okoliczności, wykraczające poza podstawę faktyczną zarzutu. Z analogicznych przyczyn Izba nie mogła wziąć pod uwagę wniosków dowodowych złożonych przy ww. piśmie mających na celu wykazanie twierzeń w nim zawartych.

Podsumowując powyższe, w ocenie Izby, Przystępujący nie dołożył należytej staranności i nie wykazał faktu podjęcia działań zmierzających do zachowania w poufności informacji zawartych w złożonych wraz z ofertą dokumentach: (6) karty katalogowej J312 D206; (7) karty katalogowej J616 L06; (8) opisu technicznego J312; (9) opisu technicznego J616; (10) Dane techniczne KOTŁA WODNEGO UT-M; (11) Karty kotła 1,5MW Binder VRRK 1500kW 10 bar, co stanowi jed z przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 2 uznk. Złożone w tym zakresie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter gołosłownych zapewnień Wykonawcy.

W szczególności nie zostało wykazane, iż podmioty trzecie zobowiązały Przystępującego UNIBEP do ochrony poufności informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach dotyczących tych podmiotów. Wobec powyższego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu odtajnienie ww. dokumentów UNIBEP, czemu dała wyraz w punkcie 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 25 530,47 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania (20 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę (1 930,47 zł), przy czym koszty noclegu pełnomocnika Izba potraktowała jako koszty związane z dojazdem na rozprawę.

Przewodnicząca: .....