

WYROK

Warszawa, dnia 21 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Członkowie: Renata Tubisz

Adriana Urbanik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 16 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 r. przez wykonawcę ENVIROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Świnoujście przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum: Naftoremont-Naftobudowa sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Hidrofilt sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanego zarzutu nr 1 odwołania.

2. Uwzględni odwołanie w części w zakresie zarzutu nr 2 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odtajnienia z dnia 16 stycznia 2024 r. zastrzeżonych przez odwołującego informacji przekazanych wraz z wyjaśnieniami w dniu 3 listopada 2023 r. oraz w dniu 5 stycznia 2024 r. z wyjątkiem dokumentu: „Zarządzenie prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku w sprawie warunków zachowania poufności (...)”, co do którego odwołanie oddała.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Miasto Świnoujście i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ENVIROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miasto Świnoujście na rzecz wykonawcy ENVIROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania 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.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

Sygn. akt KIO 305/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Świnoujście - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Budowa stacji uzdatniania wody powierzchniowej słonawej w Świnoujściu wraz z infrastrukturą”, nr postępowania: BZP.271.1.4.2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lutego 2023 r., za numerem 2023/S 025-072851.

W dniu 29 stycznia 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca ENVIROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odtajnieniu informacji udzielonych Zamawiającemu w toku wyjaśnień treści oferty, przekazanych Zamawiającemu 3 listopada 2023 r. oraz 5 stycznia 2024 r., które Odwołujący zastrzegł jako tajemnica jego przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie

1. art. 19 ust. 5 ustawy pzp w związku z art. 6 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej: „RODO”) poprzez odtajnienie

informacji dotyczących zespołu osób wskazanych w „Zarządzeniu Prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku w sprawie warunków zachowaniu poufności przez pracowników firmy Envirotech sp. z o.o.”;

2. art. 18 ust. 2 ustawy pzp w związku z art. 18 ust. 3 ustawy pzp poprzez odtajnienie poprawnie zastrzeżonych w postępowaniu informacji technicznych, technologicznych i organizacyjnych zawartych w wyjaśnieniach treści oferty przekazanych Zamawiającemu w dniach 3 listopada 2023 r. i 5 stycznia 2024 r.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica jego przedsiębiorstwa informacji i nakazanie Zamawiającemu nieujawniania zastrzeżonych przez Odwołującego informacji dokumentów.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w toku postępowania Zamawiający dwukrotnie wystąpił do Odwołującego w trybie wyjaśnienia treści oferty o przedstawienie dodatkowych informacji technicznych i technologicznych dotyczących oferty Odwołującego. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia dodatkowych wyjaśnień w dniu 12 października 2023 r. oraz 20 grudnia 2023 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu żądane wyjaśnienia treści oferty odpowiednio w dniach 3 listopada 2023 r. oraz 5 stycznia 2024 r. Z uwagi na fakt, że wymagane przez Zamawiającego informacje dotyczące oferty Odwołującego istotnie przekraczały treść pierwotnie wymaganych informacji dotyczących oferty, bowiem dotyczyły szczegółowych elementów koncepcji oraz szczegółów zakładanych rozwiązań kluczowych oferty Odwołującego, Odwołujący zastrzegł treść niektórych dokumentów składnych w ramach tych wyjaśnień, zawierających istotne informacje techniczne i technologiczne. Informacje te pozwoliły opracować ofertę Odwołującego wraz z koncepcją w inny sposób niż pozostali w postępowaniu oferenci (każdy przedstawiał swoje rozwiązanie, które zamierzał dalej rozwinąć na etapie projektowym). Odwołujący zastrzegł informacje przy przekazywaniu kolejnych wyjaśnień treści oferty jako tajemnicę jego przedsiębiorstwa przy użyciu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy o bliźniaczej treści. W dniu 18 stycznia 2024 r., a więc po przekazaniu drugiej partii wyjaśnień treści oferty Zamawiający poinformował o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Odwołującego przy okazji obu tur wyjaśnień treści oferty. Tak więc 18 stycznia 2024 r. Zamawiający odtajnił jednocześnie zarówno informacje zastrzeżone w ramach wyjaśnień złożonych 3 listopada 2023 r., tj. po blisko 2,5 miesiącach od ich złożenia, jak i informacje zastrzeżone w ramach wyjaśnień z 5 stycznia 2024 r.

Zarzut 2 odwołania: naruszenie art. 18 ust. 2 ustawy pzp w związku z art. 18 ust. 3 ustawy pzp

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu odtajnienia informacji Zamawiający wskazuje na rzekome wady zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazując, że owo zastrzeżenie „Jest raczej uniwersalnym wzorem zastrzeżenia, a Wykonawca zaniechał dostosowania go do potrzeb tego postępowania i zastrzeganych w nim informacji. Co więcej takie samo zastrzeżenie zostało przedłożone zarówno z pierwszym jak i drugim pismem”. Tu Zamawiający zarzuca, że Odwołujący „w żaden sposób nie wykazał związku między ujawnieniem informacji zawartych w utajonym wykazie osób, a jakimkolwiek uszczerbku dla swoich interesów i pozycji konkurencyjne na rynku”. Dalej Zamawiający wskazuje: „W związku z tym, że Wykonawca nie przekazywał Zamawiającemu, na tym etapie, informacji dotyczących personelu trudno uznać, że Wykonawca podolał obowiązkowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, bowiem Wykonawca w swoim uzasadnieniu odnosi się łącznie do zasobów związanych z know-how i personelem, a co za tym idzie, szacuje wartość gospodarczą tajemnicy przedsiębiorstwa do tych dwóch grup zasobów łącznie. Natomiast przedmiotem informacji, które przekazano Zamawiającemu są jedynie dane techniczne i technologiczne. Nie sposób zatem stwierdzić, jaka jest faktyczna wartość gospodarcza przekazywanych informacji. W tym miejscu należy też zaznaczyć, że część informacji technicznych i technologicznych została ujawniona na etapie składania ofert, kiedy Wykonawca nie przedłożył żadnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co za tym idzie została udostępniona m.in. koncepcja technologiczna, będąca załącznikiem do oferty. Mając na względzie powyższe, wskazana wartość gospodarcza zastrzeganych informacji jest wątpliwa.”

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że podstawowym przedmiotem zastrzeżenia były informacje techniczne i technologiczne zawarte w dokumentach załączonych do wyjaśnień z dnia 3 listopada 2023 r., wymienione w liście załączników pod następującymi numerami: 1, 2, 11, 13, 14 i 16 oraz w zawarte w dokumentach załączonych do wyjaśnień z dnia 5 stycznia 2024 r., wymienione w liście załączników pod następującymi numerami: 1, 2, 3, 4 i 5. Charakter zastrzeganych informacji przy okazji składania obu wyjaśnień jest tożsamy, zatem treść zastrzeżeń jest zbliżona treściowo. Dlatego trudno tu oczekiwać kreatywności pod względem treści uzasadnień. Odwołujący przekazał Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami treści oferty zarządzenie z 8 marca 2023 roku ustanawiające w jego organizacji szczególny reżim dostępu i przetwarzania informacji technicznych i technologicznych pochodzących od kontrahenta dostarczającego technologię odsalania wody w drodze procesu odwróconej osmozy. W zarządzaniu wskazana była lista osób – pracowników Odwołującego umocowanych na dzień 8 marca 2023 r. do dostępu i przetwarzania tych informacji.

Zarządzenie to zostało przekazane Zamawiającemu jako jeden z dowodów podjęcia w organizacji Odwołującego kroków zmierzających do zachowania zastrzeganych informacji technicznych i technologicznych w poufności. Jednocześnie Odwołujący uznał skład tego zespołu za informację o charakterze organizacyjnym, stanowiącą tajemnicę jego przedsiębiorstwa, do czego ma prawo i domaga się zachowania tej informacji organizacyjnej w poufności. W odniesieniu do wartości gospodarczej tych informacji oraz w wykazaniu ewentualnego związku między udostępnieniem tej informacji organizacyjnej Odwołujący jasno wskazał, że „Zasób kadrowy Wykonawcy jest zasobem strategicznym naszego przedsiębiorstwa, pozwalającym na realizowanie usług na rzecz klientów. Żadna organizacja funkcjonująca na rynku usług intelektualnych (tu: przygotowania koncepcji procesowych i projektowania budowlanego i technicznego) nie może funkcjonować bez zasobu wykwalifikowanych specjalistów realizujących bezpośrednio te usługi. Informacje o konkretnych osobach oraz o ich kwalifikacjach mają kluczowe znaczenie dla wykonawców, bowiem praca i wiedza tych osób jest źródłem przychodów Wykonawcy”. Biorąc pod uwagę powyższe nie można się zgodzić ze stwierdzeniem Zamawiającego zawartym uzasadnieniu odtajnienia zarządzenia z 8 marca 2023 r. jakoby Odwołujący „w żaden sposób nie wykazał związku między ujawnieniem informacji zawartych w utajnionym wykazie osób, a jakimkolwiek uszczerbku dla swoich interesów i pozycji konkurencyjne na rynku”. Niezrozumiałe jest tu tym bardziej stwierdzenie Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odtajnienia, jakoby Odwołujący na etapie zastrzegania tajemnicy informacji „nie przekazywał Zamawiającemu, na tym etapie, informacji dotyczących personelu”. Jeśli miałyby tak być, że Odwołujący nie przekazywał na tym etapie żadnych informacji dotyczących personelu, to w jakim celu Zamawiający w uzasadnieniu odtajnienia skupia się na kwestii jawności informacji dotyczących personelu, w tym przytacza orzecznictwo Izby dotyczące właśnie kwestii jawności informacji dotyczących danych osób kierowanych do realizacji zamówienia? W uzupełnieniu wywodów w sprawie zawarcia w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa wątków dotyczących uzasadnienia zachowania danych osobowych zawartych w zarządzeniu z 8 marca 2023 r. Odwołujący wskazał, że skoro zastrzegł te dane, to oczywiście zasadne i konieczne było zawarcie w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy elementów uzasadnienia dotyczącego zasadności utajnienia danych osobowych pracowników Odwołującego. Dlatego też stwierdzenie o rzekomej sztamowości uzasadnienia tajemnicy i niedostosowania tego uzasadnienia, z uwagi na elementy uzasadnienia zachowania danych osobowych, jest błędne i świadczy o niezrozumieniu treści tego uzasadnienia. Kończąc kwestię utajnienia danych osobowych grupy pracowników upoważnionych przez Odwołującego do przetwarzania danych technicznych i technologicznych pochodzących od kontrahenta dostarczającego kluczową technologię odsalania Odwołujący podkreślił, że w treści zarządzenia z 8 marca 2023 r. Odwołujący przekazał dane osobowe zespołu kluczowych pracowników i jego intencją było i jest zachowanie tych danych w poufności jako informacji o charakterze organizacyjnym jego przedsiębiorstwa. Odwołujący postrzega zachowanie tych informacji w poufności jako będące w jego oczywistym interesie, czemu dał wyraz w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy jego przedsiębiorstwa przekazanych odwołującemu wraz z kolejnymi wyjaśnieniami z treści oferty.

Odwołujący wskazał, że dla jego prawa do zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji technicznych, technologicznych lub innych nie ma znaczenia fakt, że część informacji technicznych i technologicznych została ujawniona na etapie składania oferty we wstępnej koncepcji technologicznej, która była przedmiotem oceny. Informacje techniczne i technologiczne udostępnianie Zamawiającemu w ramach przedmiotowych wyjaśnień treści oferty, w szczególności informacje udostępnianie w dokumentach, które Odwołujący chce zachować w poufności, przedstawiają daleko bardziej szczegółowe informacje dotyczące planowanych rozwiązań technicznych i technologicznych, zastosowania konkretnych urządzeń, ich parametrów i metodyki tworzenia koncepcji. Nigdzie w dokumentach zamówienia tego postępowania Zamawiający nie wskazywał, że w toku jego procedowania przed terminem składania ofert, że jeszcze przed udzieleniem zamówienia będzie żądał wyjaśnień treści ofert o tak wysokim stopniu szczegółowości technicznej i technologicznej. Co więcej, w ramach kryterium jakościowego „Koszty eksploatacji” miały być zadeklarowane przez Wykonawców zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ - Sposób obliczenia Kosztu Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego faktem jest, że Odwołujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie, w tym ogólne informacje techniczne i technologiczne zawarte we wstępnej koncepcji technologicznej składanej wraz z ofertą, ale pismem z dnia 4 lipca 2023 r. Zamawiający dokonał odtajnienia tych informacji. Na tym etapie w ofercie znajdowały się informacje ogólne, można by rzec wyniki obliczeń i doboru, co i tak ostatecznie będzie znane. Stąd też w wyniku poprzedniego orzeczenia KIO w postępowaniu Zamawiający znacznie rozszerzył katalog żądanych informacji – daleko ponad wymagania SWZ, co stanowi już informacje mające wartość gospodarczą, gdyż pokazuje w jaki sposób Odwołujący osiąga przy realizacji i projektowaniu SUW parametry określone w ofercie. (każdy z oferentów osiągnął inne wyniki co ma wpływ na wynik oferty w rankingu). W odniesieniu do informacji zawartych w dokumentach załączonych do wyjaśnień z dnia 3 listopada 2023 r., Odwołujący zastrzegł informacje wymienione w liście załączników pod następującymi numerami: 1, 2, 11, 13 i 14 oraz w zawarte w dokumentach załączonych do wyjaśnień z dnia 5 stycznia 2024 r., wymienione w liście załączników pod następującymi numerami: 1, 2,

3, i 4. Zamawiający bez zastrzeżeń uznał charakter tych informacji wskazując w piśmie z 16 stycznia 2024 r., że „przedmiotem informacji, które przekazano Zamawiającemu są jedynie dane techniczne i technologiczne”. Uzasadniając odtajnienie tych informacji Zamawiający wskazuje natomiast na - jego zdaniem - wątpliwą wartość gospodarczą tych informacji oraz kwestionuje skuteczność środków podjętych w celu zachowania ich w poufności. Odwołujący wskazał, że jasno i klarownie wyłożył w uzasadnieniu zastrzeżenia, w czym upatruje wartość gospodarczą zastrzeganych informacji wskazując, że jest to „wiedza dot. newralgicznego obszaru naszej działalności, dającej Wykonawcy przewagę na rynku przy konkuroowaniu i realizacji podobnych zamówień”. Faktami potwierdzającymi niezaprzeczalną wartość gospodarczą tych informacji technicznych i technologicznych jest to, że „Dotychczas dzięki posiadaniu tej przewagi konkurencyjnej, wszystkie oferty, które złożyliśmy na realizację robót z zakresu uzdatniania wody słonawej były ofertami wygrywającymi i zostały przez Inwestorów zaakceptowane do realizacji. W tym miejscu wskazujemy na nasze realizacje w Szczecinie i Elblągu”. Ponadto Odwołujący w uzasadnieniu pokusił się również o wyliczenie konkretnej wartości tych informacji dla jego przedsiębiorstwa w oparciu o wyniki finansowe realizacji projektów uzdatniania wody słonawej ze Szczecina i Elbląga wskazując: „Biorąc pod uwagę powyższe szacujemy, że w kolejnych latach firma ENVIROTECH Sp z o.o. pozyska kontrakty o wartości średnio nie niższej niż 85 mln PLN rocznie. Przy założeniu podobnego udziału kontraktów na uzdatnianie wody słonawej (11,7%) możemy przyjąć, że średnio, w każdym roku pozyskamy roboty związane z uzdatnianiem wody słonawej o wartości ok. 10 mln PLN, które zrealizujemy z zyskiem ok. 400.000 PLN (4%). Te wartości stanowią możliwą coroczną utratę korzyści z tytułu posiadania „know how”, objętego klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.” Wyliczenie to nie uwzględnia utraty przychodów przez dostawcę technologii z którym współpracuje Odwołujący i którego informacje, dokumenty podlegały zastrzeżeniu. Powyższe oznacza, że możliwe straty przy ujawnieniu zastrzeżonych informacji liczone kumulatywnie będą znacznie wyższe. W opinii Odwołującego trudno o bardziej namacalny i bardziej przekonujący dowód wartości gospodarczej informacji jak fakt pozyskania dzięki tym informacjom konkretnych zamówień i wykonania ich z zyskiem. Stąd zupełnie niezrozumiałe i niejasne jest poddawanie w wątpliwość przez Zamawiającego wskazywanej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji w oparciu o pozyskane i zrealizowane zlecenia, bowiem wartość ta jest faktyczna i konkretna.

W ostatnim zarzucie podniesionym przez Zamawiającego wobec treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest opinia Zamawiającego, że „kroki zmierzające do zachowania informacji technicznych i technologicznych, są niewystarczające”. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu celem wykazania podjęcia środków dla zachowania poufności informacji: umowę z kontrahentem dostarczającą technologię odsalania oraz zarządzenie z 8 marca 2023 roku. Umowa reguluje relacje między Odwołującym a jego kontrahentem i zobowiązuje strony do zachowania w poufności przekazywanych informacji technicznych i technologicznych dotyczących technologii odsalania wody. Natomiast zarządzenie z 8 marca 2023 roku określa reżim przechowywania i przetwarzania informacji technicznych i technologicznych dotyczących technologii odsalania wody otrzymanych od kontrahenta w przedsiębiorstwie Odwołującego. System podjętych środków szczególnej ostrożności w odniesieniu do informacji technicznych i technologicznych dotyczących technologii odsalania wody jest kompletny i zamknięty: obejmuje oba podmioty. Pracowników Odwołującego wiąże „standardowy” obowiązek zachowania poufności istotnych dla Odwołującego jako pracodawcy informacji wynikający z Kodeksu pracy. Pracownicy Odwołującego są tego świadomi i powinności te jest im przypominana. Między innymi te okoliczności Odwołujący wskazał w uzasadnieniu. Ponadto w zakresie swojej odpowiedzialności Zarząd Envirotech sp. o.o., poza ww. standardowymi środkami wynikającymi z Kodeksu pracy, w tej sprawie dodatkowo podjął starania w celu ochrony tych kluczowych informacji w postaci związania wszystkich pracowników kluczowych dla tego projektu postanowieniami zarządzenia z 8 marca 2023 roku. Odwołujący oświadcza, że do przestrzegania tego zarządzenia zostały zobowiązane wszystkie osoby mające dostęp do zastrzeganych informacji technicznych i technologicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący uważa, że opinia Zamawiającego o tym, że rzekomo środki zmierzające do zachowania poufności tych informacji u Odwołującego są niewystarczające, jest bezpodstawna oraz że środki te są iluzoryczne, nie ma żadnego uzasadnienia. Są to twierdzenia oderwane od rzeczywistości, abstrahujące od przedstawianych dowodów. W rzeczy samej Zamawiający, miast ocenić przedłożone zastrzeżenia, sam koncentruje się na przytaczaniu orzecznictwa Izby i ferowania opinii niemających odniesienia do stanu sprawy. W przekonaniu Odwołującego ww. wdrożone środki zabezpieczenia tych informacji są adekwatne i wystarczające a niepoparta niczym ocena tych środków nie może stanowić podstawy odtajnienia żywnie istotnej tajemnicy Odwołującego.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że zastrzegając w ramach wyjaśnień treści oferty informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykazał wypełnienie wszystkich przesłanek potrzebnych do uznania zastrzeganych informacji za tajemnicę jego przedsiębiorstwa. W treści odwołania Odwołujący nie opisuje zawartości dokumentów i informacji ujętych w wyliczeniu Zamawiającego (informacji o odtajnieniu) z dnia 16 stycznia 2024 r. z którą zapoznać się mógł Odwołujący w dniu 18 stycznia 2024 r., ponieważ odwołanie zostanie udostępnione innym wykonawcom celem przystąpienia, a

wobec których informacje te powinny być zastrzeżone. Zarzutami odwołania objęte są wszystkie dokumenty i informacje szczegółowo wskazane co do źródła w treści informacji o odtajnieniu.

W dniu 14 lutego 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Ponadto, w dniu 14 lutego 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum: Naftoremont-Naftobudowa sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Hidrofilt sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego oraz dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie.

#### **Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp w zakresie zarzutu 1 odwołania wycofanego przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, ponieważ oświadczenie o cofnięciu zarzutów odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego wobec wycofanego zarzutu bez konieczności jego rozpoznawania i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą w odniesieniu do zarzutu wycofanego.

W pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem III SWZ Przedmiot zamówienia - przedmiotem postępowania jest realizacja zadania pn. „Budowa stacji uzdatniania wody powierzchniowej słonawej w Świnoujściu wraz z infrastrukturą”. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie projektu i robót budowlanych stacji uzdatniania wody słonawej z infrastrukturą towarzyszącą; (...)

*OSTATECZNA KONCEPCJA: Przed wykonaniem projektu/projektów Wykonawca w terminie 3 miesięcy od zawarcia umowy przedłoży ostateczną koncepcję do oceny przez Zamawiającego. Koncepcja winna zawierać: a) opis techniczny proponowanych rozwiązań, zgodnych z PFU b) zagospodarowanie terenu z rozmieszczeniem wszystkich obiektów oraz sieci, c) rzuty i przekroje podstawowych obiektów technologicznych wchodzących w skład SUW Wydrzany II, d) karty katalogowe wszystkich urządzeń technologicznych, które Wykonawca zamierza zastosować na SUW Wydrzany II, e) rodzaj materiałów z jakich będą wykonane główne elementy sieciowe i instalacyjne oraz urządzeń, o których mowa w pkt d) powyżej.”*

Zgodnie z pkt XV.2.5) SWZ: „Oferta powinna zawierać:

- a) wstępną koncepcję technologiczną Stacji Uzdatniania Wody Wydrzany II, spełniającą kryteria określone w PFU i obejmującą co najmniej zakres zgodny z załącznikiem nr 1 do SWZ,
- b) wypełniony w całości załącznik nr 3 do SWZ - Sposób obliczenia Kosztu Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody,
- c) wypełniony formularz ofertowy Wykonawcy - załącznik nr 4 do SWZ;

d) wypełniony w całości załącznik nr 4.1 do SWZ - zestawienie kosztów budowy stacji uzdatniania wody w Świnoujściu z infrastrukturą towarzyszącą ( w kwocie łącznej odpowiadającej wartości oferty ) (...)."

W pkt XVIII SWZ zamawiający wskazał, że; W celu oceny ofert Zamawiający będzie kierować się następującymi kryteriami:

1. cena (C) – całkowite wynagrodzenie brutto – waga 75 pkt (...)

2. Koszty eksploatacyjne (Koszt Cyklu życia Stacji Uzdatniania Wody w okresie 5-letnim) (KE) – waga 25pkt

Najwyżej w ramach tego kryterium zostanie oceniona oferta z najniższym kosztem eksploatacyjnym.

Podstawą do obliczenia kosztów eksploatacyjnych są wskaźniki wykazane przez Wykonawcę zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ - Sposób obliczenia Kosztu Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody

Maksymalna liczba punktów – 25.

Liczba punktów zostanie wyliczona według następującego wzoru:

$KE_{ob} = [ (EN_{min}/ EN_{ob}) \times 0,45 + (RSW_{min}/ RSW_{ob}) \times 0,20 + \{ (F_{min}/ F_{ob}) \times 0,25 + (G_{min}/ G_{ob}) \times 0,15 + (H_{min}/ H_{ob}) \times 0,25 + (I_{min}/ I_{ob}) \times 0,10 + (J_{min}/ J_{ob}) \times 0,25 \} \times 0,35 ] \times 25 \text{ pkt}$ , gdzie:

KE<sub>ob</sub> – liczba punktów, w kryterium koszty eksploatacyjne danej oferty

EN<sub>min</sub>, RSW<sub>min</sub>, F<sub>min</sub>, G<sub>min</sub>, H<sub>min</sub>, I<sub>min</sub>, J<sub>min</sub> – najniższe koszty eksploatacyjne (częstkowe) spośród ocenianych ofert :

EN<sub>ob</sub>, RSW<sub>ob</sub>, F<sub>ob</sub>, G<sub>ob</sub>, H<sub>ob</sub>, I<sub>ob</sub>, J<sub>ob</sub> – koszty eksploatacyjne (częstkowe) oferty ocenianej

Wszystkie oceny w tym kryterium będą wyliczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Do kosztów częściowych należą: EN- Średnie jednostkowe zużycie energii RSW - straty wody F- Koszt wymiany membran RO G- Koszt CIPowania membran H- Koszt wymiany membran UF I- Koszt wymiany ziół filtracyjnych J Zróżnicowane pozostałe koszty serwisowania SUW

Wykonawca określa koszty częściowe zgodnie z wytycznymi podanymi w Załączniku 3 do SWZ „Sposób obliczenia Kosztu Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody”.

W załączniku nr 1 do SWZ zamawiający przedstawił: Zakres wstępnej koncepcji technologicznej, gdzie wskazał, iż:

„W odniesieniu do wymagań procesowych, Zamawiający oczekuje od Wykonawcy na etapie składania oferty przedstawienia wstępnej koncepcji stacji uzdatniania wody powierzchniowej, słonawej wraz z infrastrukturą (SUW) spełniającej kryteria określone w PFU. Koncepcja ma obejmować co najmniej:

- 1) schemat technologiczny SUW ze wskazaniem wszystkich planowanych procesów technologicznych,
- 2) rzut hali technologicznej, z wstępną lokalizacją poszczególnych pomieszczeń i urządzeń (wraz z głównymi wymiarami)
- 3) plan zagospodarowania terenu ze wstępnym rozmieszczeniem obiektów

UWAGA! Zamawiający nie będzie traktował rysunków 2) i 3) jako ostateczne, mają one mieć jedynie charakter poglądowy;

4) potwierdzenie uzyskania parametrów jakości wody na poszczególnych etapach procesu uzdatniania, na poziomie zgodnym z oczekiwaniami Zamawiającego (tj. zgodnie z PFU pkt. B.1.1.2. WYMAGANIA DOTYCZĄCE PROCESU UZDATNIANIA WODY.)

5) potwierdzenie prawidłowości założeń technologicznych i realizacyjnych zawartych w SIWZ i PFU, z punktu możliwości realizacji celu na ich podstawie, tj. osiągnięcia wymaganych parametrów wody uzdatnionej;

6) określenie szacunkowego zużycia substancji chemicznych z rozbiorem na poszczególne etapy procesów uzdatniania wody (w przeliczeniu na 1 m<sup>3</sup> uzdatnionej wody);

7) przedstawienie kosztorysu realizacji zadania obejmującego łącznie wszystkie koszty realizacji inwestycji zgodnie z załącznikiem 4 do SWZ

Ocena wstępnej koncepcji polegać będzie na ocenie kompletności i zgodności rozwiązań z PFU.”

Odwolujący zastrzegł część informacji załączonych do oferty w tym Koncepcję technologiczną jako tajemnicą przedsiębiorstwa, które zostały odtajnione przez Zamawiającego w dniu 4 lipca 2023 r. i która to czynność nie została zakwestionowana przez Odwołującego.

W dniu 12 października 2023 r. na skutek wyroku KIO 2200/23 Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie Średniorocznego wskaźnika zużycia energii (EN) wskazanego w złożonym wraz z ofertą Załączniku nr 3 do SWZ Sposób obliczenia Kosztu Cyklu Życia Stacji Uzdatniania wody (KCZ):

„W związku z powyższym proszę o:

1) przedłożenia wypełnionego Arkusza 1 (w załączeniu);

2) wyliczenia jednostkowego współczynnika energochłonności procesu uzdatniania wody i przedłożenia kart katalogowych urządzeń wskazanych w Arkuszu 1;

3) przedłożenia kart katalogowych membran RO przyjętych w złożonej ofercie wraz z arkuszami ich doboru, potwierdzającymi parametry wejściowe i wyjściowe procesu RO wymagane w PFU. W tym miejscu Zamawiający informuje, iż nie będzie traktować przedłożonych kart jako potwierdzenie docelowego doboru urządzeń. Docelowy dobór urządzeń będzie weryfikowany na etapie ostatecznej koncepcji. Dobrane docelowo urządzenia będą musiały spełniać wszystkie założenia określone w PFU oraz w odpowiedzi udzielonej na pytanie nr.4 poniżej i charakteryzować się co najwyżej takim poziomem energochłonności jak urządzenia wskazane w odpowiedzi na niniejsze pytanie;

4) przedstawienia dodatkowych założeń (oprócz założeń określonych w PFU tj. temperatury, wydajności procesu uzdatniania i zasolenia wody surowej), oraz dokładnej metodyki do obliczeń energochłonności zespołu pompowego do układu odwróconej osmozy, w tym w szczególności:

4.1 jaką przyjęto sprawność pomp współpracujących z układem odwróconej osmozy do ich doboru w punkcie pracy, wynikającym z narzuconych parametrów pracy układu w okresie letnim i zimowym, tzn. przy temperaturze 4 0 C, maksymalnym poziomie zasolenia 4000 mgCl/l, wydajności układu 100 m<sup>3</sup>/h, oraz przy temperaturze 18 0 C, maksymalnym poziomie zasolenia 4000 mgCl/l i wydajności układu 200m<sup>3</sup>/h,

4.2 jaki system odwróconej osmozy, tj. jakie moduły membranowe i jaką ich konfigurację przyjęto jako podstawę do obliczeń energochłonności;

4.3 czy w obliczeniach przyjęto jedno czy dwustopniowy proces odwróconej osmozy;

4.4 ile jednostek odwróconej osmozy będzie pracowało w jednym szeregu;

4.5 czy obliczenia wykonano w oparciu o oprogramowanie wspomagające projektowanie? Jeżeli tak to jakim programem się posłużono;

4.6 jakie były główne różnice danych wyjściowych przyjętych do kalkulacji energochłonności dla okresu letniego i zimowego, oprócz danych wyjściowych wskazanych przez Zamawiającego tj.:

dla warunków letnich — temperatura wody ujmowanej 1 8 st C, wydajność układu uzdatniania 200,0 m<sup>3</sup>/h i produkcji miesięcznej 144.000 m<sup>3</sup>/mc, do założeń przyjąć okres 6 miesięcy dla warunków zimowych — temperatura wody ujmowanej 4 st C, wydajność układu uzdatniania 100,0 m<sup>3</sup>/h i produkcji miesięcznej 72.000 m<sup>3</sup>/mc, do założeń przyjąć okres 6 miesięcy.

Wszystkie informacje winny być zgodne z danymi przedstawionymi w złożonej ofercie.”

Odwołujący w dniu 3 listopada 2023 r. złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazując: „w celu ochrony żywotnego interesu naszego przedsiębiorstwa, zastrzegamy niniejszym, że zawarte w przedkładanych wyjaśnieniach następujące załączniki i informacje:

1. Wypełniony Arkusz 1 – Załącznik Nr 1 – **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

2. Wyliczenie jednostkowego współczynnika energochłonności procesu uzdatniania wody – Załącznik Nr 2 – **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

3. Dobór jednostek RO – Załącznik Nr 3 – **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

4. Dane techniczne – arkusz danych doboru jednostek RO z membranami XLE-440 – **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

5. Dodatkowe założenia oraz dokładna metodyka do obliczeń energochłonności zespołu pompowego do układu odwróconej osmozy – Załącznik Nr 4 – **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

6. Zarządzenie prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku w sprawie warunków zachowania poufności przez pracowników firmy Envirotech sp. z o.o.– **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**; stanowią tajemnicę naszego przedsiębiorstwa i mogą być udostępnione innym podmiotom.

## Podstawa prawna zastrzeżenia

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2029 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023 r., poz. 1605, dalej „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 udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Zgodnie z przywołanym art. 222. Ust. 5 PZP nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa informacje o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte oraz o cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Natomiast zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 r., poz. 1233; dalej „UZNK”) 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) 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.

## Charakter zastrzeganych informacji

Wykonawca oświadcza, że zastrzegane niniejszym oświadczeniem informacje, są informacjami, które ze swej istoty mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem nie są informacjami, o których mowa w art. 222 ust. 5 PZP. Zastrzegane informacje nie są dostępne publicznie, nie zostały nigdy upublicznione przez Wykonawcę ani przez kontrahenta Eurowater sp. z o.o. w jakikolwiek sposób. Zastrzegane informacje w całości mają charakter informacji technicznych, technologicznych lub organizacyjnych Envirotech. Zastrzegane informacje zawierają informacje o oferowanych Zamawiającemu rozwiązaniach technicznych i technologicznych, w tym szczegółowe założenia rozwiązań technicznych i technologicznych procesu odsalania wody słonawej w procesie odwróconej osmozy, czyli kluczowego i najbardziej wymagającego procesu technologicznego uzdatniania powierzchniowej wody słonawej, w tym szczegółowe charakterystyki techniczne urządzeń kluczowych i parametry procesu uzdatniania. Zastrzegane informacje, w szczególności dane zawarte w opisach urządzeń oraz dane zawarte w wyliczeniach jednostkowego współczynnika energochłonności procesu uzdatniania zawierają informacje pozwalające na odtworzenie przez osoby zainteresowane założeń i rozwiązań procesowych (technologicznych) i technicznych (szczegółowe parametry istotnych urządzeń) przyjętych przez na potrzeby realizacji Zamówienia oraz zamówień podobnych, które Envirotech przyjął w celu ofertowania. Przyjęte przez Envirotech koncepcje i rozwiązania techniczne i technologiczne na potrzeby realizacji stacji uzdatniania słonawych wód powierzchniowych, której istotnie elementy muszą zostać ujawnione Zamawiającemu w związku z żądaniem wyjaśnień z 12 października 2023 roku, dają osobom zainteresowanym problematyką - branżystom szczegółowy wgląd w przyjęte efektywne rozwiązania problemów technicznych i technologicznych związanych z istotą Zamówienia. Informacją organizacyjną naszego przedsiębiorstwa jest informacja o składzie personalnym zespołu osób zaangażowanych w naszym przedsiębiorstwie do przygotowania ofertowania na potrzeby postępowania oraz zasady współpracy z kluczowym kontrahentem – dostawcą technologii odwróconej osmozy.

## Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji

Zastrzeżone informacje stanowią bardzo istotną dla Wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem stanowią element podstawy stabilnej pozycji finansowej jego przedsiębiorstwa oraz fundament pozwalający na budowę przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi na rynku. Gdyby podmioty konkurencyjne uzyskały dostęp do takich informacji, bez wątpienia mogłoby to wpłynąć negatywnie na konkurencyjność Wykonawcy, m. in. przez pozyskanie wiedzy dot. newralgicznego obszaru naszej działalności, dającej Wykonawcy przewagę na rynku przy konkurowaniu i realizacji podobnych zamówień. Działalność przedsiębiorców, w tym ich zdolność konkurencyjna, w znacznym stopniu opiera się właśnie na tego rodzaju informacjach. Zastrzegane informacje są bardzo istotne dla Wykonawcy, albowiem umożliwiają mu skuteczne konkurowanie na rynku. Wartość gospodarcza, która nie zawsze musi być wyrażana w kwocie nominalnej, wszystkich zastrzeżonych informacji przejawia się przede wszystkim w możliwości efektywnego konkurowania z innymi podmiotami działającymi na rynku. Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji zawartych wyjaśnieniach jest oczywista, bowiem daje Envirotechowi przewagę konkurencyjną pozwalającą na skuteczne i korzystne pozyskiwanie zamówień podobnych. Dotychczas dzięki posiadaniu tej przewagi konkurencyjnej, wszystkie oferty, które złożyliśmy na realizację robót z zakresu uzdatniania wody słonawej były ofertami wygrywającymi i zostały

przez Inwestorów zaakceptowane do realizacji. W tym miejscu wskazujemy na nasze realizacje w Szczecinie i Elblągu. Nie można mieć zatem wątpliwości, iż informacje te mogą znajdować się w kręgu zainteresowań podmiotów konkurencyjnych, co w przypadku ich ujawnienia grozić będzie powstaniem u Wykonawcy znaczącej szkody. Należy bowiem zauważyć, że upublicznienie informacji dotyczących realnych zasobów przedsiębiorstwa Wykonawcy, jego know-how, może skutkować przejęciem wypracowanej niszy rynkowej generującej istotną część przychodu Envirotechu. W efekcie przedmiotowe know-how oraz informacje dot. specjalistów kluczowych Wykonawcy posiadają niewątpliwie wartość gospodarczą, ponieważ z jednej strony są ona efektem nakładu i czasu pracy poświęconego przez zespół doświadczonych i wykwalifikowanych specjalistów, po drugie — przy ich przygotowaniu wykorzystano szeroko pojęty know-how zarówno Wykonawcy, jego specjalistów jak i kluczowego kontrahenta. Ta wiedza stanowi dla podmiotów konkurujących z Wykonawcą potencjalne źródło zysków przez to, że pozyskanie jej może pozwolić na uzyskanie przez naszą konkurencję wymiernych oszczędności przy przygotowywaniu ofert na potrzeby podobnych realizacji, gdzie w grę wchodzi procesy uzdatniania powierzchniowych wód słonawych. Skład personalny zespołu osób zaangażowanych do przygotowania oferty i realizacji Zamówienia należy zakwalifikować jako informacje organizacyjne istotne z punktu widzenia działalności i żywotnych interesów przedsiębiorstwa Wykonawcy. Zasób kadrowy Wykonawcy jest zasobem strategicznym naszego przedsiębiorstwa, pozwalającym na realizowanie usług na rzecz klientów. Żadna organizacja funkcjonująca na rynku usług intelektualnych (tu: przygotowania koncepcji procesowych i projektowania budowlanego i technicznego) nie może funkcjonować bez zasobu wykwalifikowanych specjalistów realizujących bezpośrednio te usługi. Informacje o konkretnych osobach oraz o ich kwalifikacjach mają kluczowe znaczenie dla wykonawców, bowiem praca i wiedza tych osób jest źródłem przychodów Wykonawcy. Wykaz tych osób stanowi cenne, skonkretyzowane źródło informacji dla headhunterów lub działów HR konkurencji. Envirotech spotkał się już z próbami pozyskania zatrudnionych przez nas specjalistów. Utrata kluczowych specjalistów może istotnie utrudnić realizację tego zamówienia oraz wywiązanie się ze zobowiązań wynikających z innych kontraktów, a także uniemożliwić lub co najmniej znacznie utrudnić pozyskiwanie nowych zamówień. Zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji dotyczących kluczowego personelu związanego z przygotowaniem oferty i realizacją Zamówienia, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane, potwierdza art. 11 ust. 2 UZNK. Zgodnie z obecnym brzmieniem tego przepisu, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane. Wykonawca podkreśla wyraźnie, że wskazane powyżej dokumenty zawierają informacje wrażliwe z punktu widzenia ochrony jego interesów. Wszystkie te informacje o charakterze technicznym, technologicznym i organizacyjnym stanowią cenne know-how Wykonawcy i odznaczają się realną wartością gospodarczą. Choć, jak wskazano wyżej, wartość gospodarcza informacji nie zawsze musi się wyrażać kwotą nominalną, to jednak Wykonawca wycenia tajemnicę przedsiębiorstwa, jaką stanowią zastrzeżone informacje, w następujący sposób. W okresie ostatnich 10 lat (2013 – 2023) Envirotech pozyskał kontrakty na roboty budowlane o sumarycznej wartości równej 734,4 mln PLN (wliczając w to kontrakt pn: „Budowa stacji uzdatniania wody powierzchniowej słonawej w Świnoujściu wraz z infrastrukturą”, Zamawiający: Gmina Miasto Świnoujście). W tych kontraktach zadania na uzdatnianie wody słonawej do celów komunalnych lub przemysłowych stanowiły wartość ok. 85,6 mln PLN (11,7%). Średnia rentowność kontraktów realizowanych przez Envirotech wynosiła w tym czasie ok. 4%. W ostatnich 5-ciu latach pozyskaliśmy kontrakty o wartości ok. 418,6 mln PLN (średniorocznie ok. 83,7 mln PLN). Biorąc pod uwagę powyższe szacujemy, że w kolejnych latach firma ENVIROTECH Sp. z o.o. pozyska kontrakty o wartości średnio nie niższej niż 85 mln PLN rocznie. Przy założeniu podobnego udziału kontraktów na uzdatnianie wody słonawej (11,7%) możemy przyjąć, że średnio, w każdym roku pozyskamy roboty związane z uzdatnianiem wody słonawej o wartości ok. 10 mln PLN, które zrealizujemy z zyskiem ok. 400.000 PLN (4%). Te wartości stanowią możliwą coroczną utratę korzyści z tytułu posiadania „know how”, objętego klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższa wycena wartości informacji została ustalona w związku z tym, że w razie ujawnienia tych informacji prawdopodobieństwo wystąpienia szkody jest duże. Istniałby również związek przyczynowy między faktem ujawnienia informacji w tym konkretnym postępowaniu przez tego zamawiającego a szkodą, która wystąpi. Taka przewidywana szkoda pokazuje z kolei wartość zastrzeżonych informacji.

Starania podjęte w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji

Wykonawca wskazuje, że zastrzeżone informacje nie zostały nigdy podane do publicznej wiadomości i nie są publicznie dostępne, a podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie. Wykonawca wskazuje w tym miejscu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Envirotech sp. z o.o. oraz jego kontrahenta i przyszłego podwykonawcy przy realizacji zamówienia: Eurowater sp. z o.o. W celu skutecznej ochrony informacji poufnych udostępnianych przez kontrahentów wzajemnie przy przygotowaniu oferty na potrzeby Zamówienia oraz realizacji samego Zamówienia Envirotech sp. z o.o. i Eurowater sp. z o.o. zawarły 8 marca 2023 roku umowę o wzajemnym zachowaniu poufności i nieujawnianiu informacji, w której kontrahenci zobowiązali się wzajemnie do nieujawniania zastrzeżonych w toku współpracy przy ofertowaniu i realizacji Zamówienia.

Dowód nr 1: umowa o wzajemnym zachowaniu poufności i nieujawnianiu informacji z 08.03.2023 r.

Wykonawca podejmuje działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeganych informacji. W celu zachowania w poufności zastrzeganych informacji oraz w wykonaniu tej umowy Zarząd Envirotech sp. z o.o. wyznaczył zespół zadaniowy u Wykonawcy do przygotowania we współpracy z Eurowater sp. z o.o. oferty, składający się z 5 osób, do przygotowania oferty i obsługi tego Zamówienia. Wiedza dotycząca przygotowania oferty na potrzeby Zamówienia, w szczególności informacje o charakterze poufnym, ograniczona jest do członków zespołu zadaniowego oraz Prezesa Zarządu Envirotechu. Wszyscy członkowie wchodzący w skład zespołu zostali poinformowani o treści umowy o wzajemnym zachowaniu poufności i nieujawnianiu informacji z 8 marca 2023 roku oraz zobowiązani do zachowania poufności powierzonych i wytworzonych informacji w toku ofertowania oraz realizacji Zamówienia.

Dowód nr 2: Zarządzenie prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku w sprawie warunków zachowania poufności przez pracowników firmy Envirotech sp. z o.o.

Ponadto osoby te jako pracownicy Wykonawcy, związane są obowiązkiem zachowania w poufności informacji wynikającym z m.in. z art. 100 Kodeksu pracy. Wymiana informacji między stronami umowy z 8 marca 2023 roku odbywa się przy użyciu bezpiecznych kanałów, z użyciem szyfrowania zawartości korespondencji. Całość utajnionych dokumentów jest przechowywana w siedzibie Wykonawcy z zachowaniem procedur bezpieczeństwa. Dostęp do materiałów mają tylko upoważnieni ww. pracownicy Wykonawcy. Archiwum z materiałami w wersji elektronicznej jest przechowywane w zaszyfrowanym katalogu sieciowym z ograniczonym dostępem tylko i wyłącznie dla upoważnionych pracowników. U Wykonawcy obowiązują odpowiednie zasady, co do postępowania z taką poufną informacją (dokumentacją), która jest przechowywana w zabezpieczonych (zarówno elektronicznymi systemami dozoru, jak i tradycyjnym zamkiem) miejscach, do których dostęp mają tylko ww. osoby. Ponadto Wykonawca wskazuje, że w szczególności dba o zachowanie poufności zastrzeżonych informacji, także poprzez: zastrzeżenie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których Wykonawca bierze udział (a także, w których wcześniej brał udział); ograniczenie kręgu osób, które mają dostęp do ww. informacji do niezbędnego minimum obejmującego wyłącznie pracowników Wykonawcy i osoby, które uprzednio podpisały z Wykonawcą umowę o zachowaniu w poufności tych informacji; cykliczne przypominanie pracownikom Wykonawcy o treści art. 100 § 2 pkt 4 i 5 Kodeksu pracy, zgodnie z którym pracownik jest obowiązany w szczególności: dbać o dobro zakładu pracy, chronić jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę, a także – przestrzegać tajemnicy określonej w odrębnych przepisach; cykliczne szkolenia pracowników oraz osób, z którymi Wykonawca współpracuje, z wewnętrznych procedur obejmujących zasady postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Katalog podejmowanych działań, które Wykonawca podjął w celu ochrony poufności informacji jest rozbudowany i wielopłaszczyznowy, a ich wspólnym celem jest kompleksowa ochrona i zachowanie w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Podsumowując, zastrzeżone przez Wykonawcę informacje nie mogą dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Jak już wskazano powyżej podjęte zostały odpowiednie działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy, m.in. dane te nie są podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, w szczególności na stronach internetowych, a system informatyczny, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem. Ponadto pracownicy dopuszczeni do ww. informacji, zostali poinformowani o ich poufnym charakterze i podpisali zobowiązania o zachowaniu poufności. Z powyższych względów zastrzegamy nasze wyjaśnienia we wskazanej części jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Ewentualne uchycenie przez Zamawiającego z tej części naszych wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa może być przyczyną utraty wymiernych korzyści finansowych w działalności Wykonawcy. Upublicznienie tych informacji może również spowodować utratę korzyści także przez naszego partnera biznesowego – podmiot udostępniający zasoby (dostawcę tej technologii) – firmę Eurowater sp. z o.o., będącej jednym z 23 oddziałów duńskiej firmy Silhorko w Europie. Wielkość tych strat będzie wielokrotnie wyższa niż straty finansowe samego Wykonawcy, ale z uwagi na globalne funkcjonowanie tej firmy, wysokość tych strat jest dla nas trudna do oszacowania. Ujawnienie zastrzeganych informacji może w końcu pociągnąć za sobą naszą odpowiedzialność odszkodowawczą wobec naszego kontrahenta, przewidzianą w umowie z 8 marca 2023 roku.

Załączniki:

Umowa o wzajemnym zachowaniu poufności i nieujawnianiu informacji z 08.03.2023 r. (kopia);

Zarządzenie prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku w sprawie warunków zachowania poufności przez pracowników firmy Envirotech sp. z o.o. (kopia, TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA).”

W dniu 20 grudnia 2023 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 223 ustawy pzp:

„dostarczenie dodatkowych ścisłych danych, potwierdzonych np. symulacją komputerową bazującą na programie doboru membran, na temat zawartości chlorków w permeacie po procesie odwróconej osmozy wody o parametrach na wejściu do stacji określonych w PFU dla obu przypadków temperatury wody tj. 4°C oraz 18°C.”

W dniu 5 stycznia 2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia i zastrzegł informacje w nich zawarte jako tajemnicę przedsiębiorstwa: „w celu ochrony żywotnego interesu naszego przedsiębiorstwa, zastrzegamy niniejszym, że zawarte w przedkładanych wyjaśnieniach następujące załączniki i informacje:

1. Informacja – dane o zawartości chlorków w permeacie po procesie odwróconej osmozy – **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

2. Raport serwisowy nr RO-NF/M/03/22 firmy Eurowater – **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

3. Raport serwisowy stacji odwróconej osmozy zainstalowanej w Terminalu LNG w Świnoujściu z dnia 27-08-2014 roku – **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

4. Zarządzenie prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku w sprawie warunków zachowania poufności przez pracowników firmy Envirotech sp. z o.o. - **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

stanowią tajemnicę naszego przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępnione innym podmiotom.”

Uzasadnienie zastrzeżenia analogiczne jak przedstawione z wyjaśnieniami w dniu 3 listopada 2023 r.

W dniu 16 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że uważa zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jako nieprawidłowe wskazując: „Zamawiający uważa za nieprawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie poniższych elementów:

Przekazanych pismem z 3 listopada 2023 r.

1) Wypełniony Arkusz 1 — Załącznik Nr 1,

2) Wyliczenie jednostkowego współczynnika energochłonności procesu uzdatniania wody — Załącznik Nr 2,

3) Dobór jednostek RO — Załącznik Nr 3,

4) Dane techniczne — arkusz danych doboru jednostek RO z membranami XLE-440,

5) Dodatkowe założenia oraz dokładna metodyka do obliczeń energochłonności zespołu pompowego do układu odwróconej osmozy,

6) Zarządzenie Prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku w sprawie warunków zachowania poufności przez pracowników firmy Envirotech sp. z o.o.,

oraz przekazanych pismem z 5 stycznia 2023 r.:

1) Informacja — dane o zawartości chlorków w permeacie po procesie odwróconej osmozy,

2) Raport serwisowy nr RO-NF/M/03/22 firmy Eurowater,

3) Raport serwisowy stacji odwróconej osmozy zainstalowanej w Terminalu LNG w Świnoujściu z dnia 27-08-2014 roku,

4) Zarządzenie Prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku w sprawie warunków zachowania poufności przez pracowników firmy Envirotech sp. z o.o.

W związku z powyższym Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu ww. zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów (informacji).

#### UZASADNIENIE

[Tajemnica przedsiębiorstwa - kwestie ogólne]

Zgodnie z art. 18 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., zwaną dalej „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, Wykonawca może zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm. zwanej dalej „u.z.n.k.”), jeżeli Wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednak w sytuacji, gdy Wykonawca zastrzeże w ofercie informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub nie wykaze, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający obowiązany jest udostępnić te informacje

na takich samych zasadach jak pozostałe niezastrzeżone dokumenty składające się na ofertę Wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza stoi jednoznacznie na stanowisku, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także udowodnienia, tj. wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe potwierdza m.in. wyrok z dnia 26 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 297/16) (...).

Zgodnie natomiast z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się (...). Zgodnie zatem z przywołaną definicją legalną pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa”, za taką tajemnicę może być uznana określona informacja wyłącznie w przypadku kumulatywnego ziszczenia się następujących przesłanek: informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy i posiada wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

[Ocena zastrzeżenia Wykonawcy]

Przedstawione uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie częściowo odnosi się do dokumentów, które wykonawca zastrzegł. Jest raczej uniwersalnym wzorem zastrzeżenia, a Wykonawca zaniedbał dostosowanie go do potrzeb tego postępowania i zastrzeganych w nim informacji. Co więcej takie samo zastrzeżenie zostało przedłożone zarówno z pierwszym, jak i z drugim pismem.

Wykonawca określając charakter informacji zastrzeganych dodatkowo wskazał informacje organizacyjne dotyczące personelu, co w ogóle nie dotyczy przekazywanych informacji. (...) personel Wykonawcy nie był przedmiotem pytań Zamawiającego i nie jest przedmiotem odpowiedzi Wykonawcy, co świadczy o sztampowości i niedostosowaniu treści zastrzeżenia do potrzeb tego postępowania. Natomiast jeżeli Wykonawca ma na myśli osoby wskazane w utajonym Zarządzeniu Prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku w sprawie warunków zachowania poufności przez pracowników firmy Envirotech sp. z o.o., to również w odniesieniu do nich powyższe wywody są nieskuteczne, ponieważ wszystkie wymienione tam osoby i ich stanowiska można zidentyfikować za pomocą wyszukiwarek internetowych. Nie wspominając o tym, że osoby te wymienione są w umowie o zachowaniu poufności z 8 marca 2023 r., która została przekazana wraz z wyjaśnieniami z 3 listopada 2023 r. w pliku „Dokumenty jawne”. Na marginesie, Wykonawca w żaden sposób nie wykazał związku między ujawnieniem informacji, zawartych w utajonym wykazie osób, a jakimkolwiek ryzykiem uszczerbku dla swoich interesów i pozycji konkurencyjnej na rynku. Odnosząc się do ryzyka „podkupienia” pracowników przez konkurencję, to stwierdzić należy, że każdy przedsiębiorca dysponuje odpowiednimi instrumentami (płacowymi, organizacyjnymi i innymi), mającymi na celu utrzymanie stworzonego przez siebie zespołu eksperckiego w niezmiennym składzie. Sama obawa przed zmianami kadrowymi w tym zespole, nie może przesądzać o istnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa w kontekście składu osobowego tegoż zespołu oraz w kontekście posiadanego przez poszczególne osoby doświadczenia. Wykonawca w żaden sposób nie dowiódł również zjawiska przejmowania pracowników jako bezpośredniego następstwa ujawnienia w postępowaniach przetargowych informacji nt. osób. W tym zakresie nie został przywołany choćby jeden taki przypadek z doświadczenia własnego Wykonawcy, czy też innego podmiotu. Wykonawca nie pokusił się nawet o próbę hipotetycznego wyjaśnienia jak ujawnienie tych osób miałyby doprowadzić do „podebrania” ich, co również nie byłoby wystarczające, ale ograniczył się jedynie do wskazania, że „wykaz osób stanowi informację przejawiającą wysoką wartość gospodarczą dla wykonawcy, realnym wobec powyższego staje się zagrożenie przejęcia przez konkurencyjne podmioty potencjału kadrowego (...).” Kwestia „podkupowania” pracowników przez konkurencję nie zasługuje na ochronę w świetle aktualnego orzecznictwa KIO (por. wyrok z dn. 06.02.2017 r., KIO 102/17, KIO 1 10/17). co więcej argument o podkupywaniu pracowników godzi wręcz w interes publiczny, ponieważ ogranicza rotację na rynku osób z wymaganymi kwalifikacjami i doświadczeniem. Podkreślić należy, że rotacja w zatrudnieniu osób wpisuje się z jednej strony w podnoszenie poziomu świadczenia usług przez poszczególnych wykonawców, a z drugiej strony stanowi normalny element swobody pracowniczej do zmiany pracodawcy. W tym miejscu warto przywołać również wyrok KIO z 8.07.2021 r. (sygn. akt KIO 1602/21) (...) W związku z tym że Wykonawca nie przekazywał Zamawiającemu, na tym etapie, informacji dotyczących personelu trudno uznać, że Wykonawca podołał obowiązkowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, bowiem Wykonawca w swoim uzasadnieniu odnosi się łącznie do zasobów związanych z know-how i personelem, a co za tym idzie, szacuje wartość gospodarczą tajemnicy przedsiębiorstwa do tych dwóch grup zasobów łącznie. Natomiast przedmiotem informacji, które przekazano Zamawiającemu są jedynie dane techniczne i technologiczne. Nie sposób zatem stwierdzić jaka jest faktyczna wartość gospodarcza przekazanych informacji. W tym miejscu należy też zaznaczyć, że część informacji technicznych i technologicznych została ujawniona na etapie składania ofert, kiedy Wykonawca nie przedłożył żadnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co za tym idzie, udostępniona została m.in. koncepcja technologiczna, będąca załącznikiem do oferty. Mając na względzie powyższe, wskazana wartość gospodarcza zastrzeganych informacji jest wątpliwa. Ponadto należy zwrócić uwagę na to, że załączone przez Wykonawcę dokumenty mające potwierdzać, że podjął

on kroki zmierzające do zachowania poufności informacji technicznych i technologicznych, są niewystarczające. Są to jedynie umowa i zarządzenie Prezesa regulujące przepływ informacji pomiędzy Wykonawcą a podmiotem trzecim, na którego zasoby Wykonawca powołuje się w celu wykazania spełnienia warunków w postępowaniu. Co więcej ww. dokumenty dotyczą głównie kadry zarządzającej i osoby odpowiedzialnej za kontakt z Zamawiającym poprzez platformę zakupową, a nie obejmuje na przykład osoby, która opracowała składaną wraz z ofertą koncepcję technologiczną. Mając na względzie powyższe, działania Wykonawcy należy uznać za iluzoryczne i nie zabezpieczające przepływu informacji poufnych pomiędzy pracownikami przedsiębiorstwa. Zaznaczyć należy, że wspomniany art. 18 ust. 3 Pzp nakazuje wykonawcy wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazał TSUE w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r., C-54/21, instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter. Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21 podkreślił, że wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Przewidziany przez ustawodawcę obowiązek "wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku "udowodnienia" w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Jak słusznie zauważa Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18.01.2018 r. (KIO 55/18) (...) Tymczasem w niniejszej sprawie Wykonawca nie przedłożył wystarczających dowodów uzasadniających zastrzeżenie ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym należy stwierdzić, że Wykonawca nie sprostął on wymogowi przewidzianemu w art. 18 ust. 3 Pzp.

[Podsumowanie]

Podsumowując, Wykonawcę nie wykazał okoliczności uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na podnoszone przez siebie twierdzenia oraz nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji oraz spełnienia trzeciej przesłanki, niezbędnej dla uznania zastrzeganych informacji dla tajemnicy przedsiębiorstwa, czyli odpowiedniego jej zabezpieczenia. Nie zostały przedstawione żadne dowody, za wyjątkiem ww. Zarządzenia, które miałyby uprawdopodobniać podjęcie środków ochrony tych informacji. Mając na względzie powyższe, Zamawiający uznaje zastrzeżenie ww. dokumentów za nieprawidłowe. Jednocześnie informuję, że każdemu wykonawcy, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej przewidziane w dziale IX ustawy Pzp. Do udostępnienia informacji dojdzie po terminie na złożenie odwołania na czynność nieuznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, o ile czynność ta nie zostanie zaskarżona przez Wykonawcę odwołaniem."

Artykuł 18 ust. 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), 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.”

Przedmiot sporu sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zastrzeżonych wraz z przekazanymi przez Odwołującego wyjaśnieniami w dniu 3 listopada 2023 r, oraz 5 stycznia 2024 r. co skutkowało czynnością ich odtajnienia w dniu 16 stycznia 2024 r. Analiza dokumentacji postępowania, w szczególności uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego co do informacji technicznych i technologicznych była nieprawidłowa. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego o ujawnieniu wyłącznie informacji zawartych w dokumencie: „Zarządzenie prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku w sprawie warunków zachowania poufności przez pracowników firmy Envirotech sp. z o.o.”, ponieważ zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji organizacyjnych.

Na wstępie wskazania wymaga, że w świetle 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.

Wskazać należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych,

mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. W odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK zasada ta doznaje ograniczenia, pod warunkiem, że wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może natomiast zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5, a więc o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, a także cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (wartość gospodarcza informacji, okoliczność, że nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą zostać spełnione łącznie. Jak wskazano w wyroku KIO 589/21 z dnia 22 marca 2021 r.: „Dla zachowania poufności informacji konieczne jest to, aby nie była to informacja łatwo dostępna. W ocenie Izby odpadnięcie tej przesłanki powoduje, że informacja traci walor tajemnicy przedsiębiorstwa.” Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od naczelnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazania wymaga, że transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Tym samym 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 jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością* (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18).

Jak wynika z treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę na nałożony przez Ustawodawcę obowiązek *wykazania*, który oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za *wykazanie* nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK oraz do przywołania treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp. Ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy pzp wskazał również na moment, w którym powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. Stwierdzenie: *„jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał”* oznacza, że wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, dla uznania skuteczności zastrzeżenia, musi nastąpić równocześnie ze złożeniem dokumentów zawierających tajemnicę.

Zaznaczyć należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie sporu przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający bądź nie dokonanego przez siebie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest też rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem zamawiającego jest natomiast zbadanie czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakoś tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2551/21 oraz KIO 2573/21).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba poddała ocenie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Odwołującego w konsekwencji czego uznała, że w zakresie informacji technicznych i technologicznych przekazanych Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami Odwołujący wykazał przesłanki zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niewątpliwie, informacje przekazane Zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 3 listopada 2023 r. oraz 5 stycznia 2024 r. przez Odwołującego jako stanowiące odpowiedzi na pytania Zamawiającego w zakresie Średniorocznego wskaźnika zużycia energii (EN) wskazanego w złożonym wraz z ofertą Załączniku nr 3 do SWZ Sposób obliczenia Kosztu Cyklu Życia Stacji Uzdatniania wody (KCZ) przedstawiające wyliczenia jednostkowego współczynnika energochłonności procesu uzdatniania wody, metodyki obliczeń energochłonności zespołu pompowego do układu odwróconej osmozy i inne ściśle dane są informacjami technicznymi i technologicznymi. Odwołujący przedłożył bowiem szczegółowe założenia rozwiązań w zakresie procesu odsalania wody słonawej w procesie odwróconej osmozy.

Na wstępie podkreślić należy, że chybiona jest argumentacja Zamawiającego, iż Odwołujący złożył szampowe i ogólnikowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba zauważa, że Odwołujący w uzasadnieniu wielokrotnie odwołuje się do charakteru zastrzeganych informacji, jak również ich znaczenia dla przedsiębiorstwa Odwołującego, a wykazanie przesłanek zastrzeżenia: wartości gospodarczej, zachowania w poufności odnosi się wprost do rodzaju przekazanych danych. Skoro Odwołujący dwukrotnie wyjaśniał Zamawiającemu dane technologiczne o podobnym charakterze to trudno Odwołującemu czynić zarzut, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przekazane z wyjaśnieniami z dnia 5 stycznia 2024 r. jest tożsame z poprzednio złożonym.

Co do przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał wartości gospodarczej przekazywanych informacji. Jak wynika z decyzji o odtajnieniu Zamawiający uznaje wartość gospodarczą za wątpliwą z uwagi na okoliczność, że część informacji technicznych i technologicznych została ujawniona na etapie składania ofert w m.in. koncepcji technologicznej. Twierdzenie takie zaprzecza jednak celowi procedury wyjaśniającej treści oferty, w wyniku której Zamawiający oczekiwał otrzymania informacji technologicznych przekraczających dane przedstawione w ofercie. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący celem przyznania punktów w kryterium jakościowym złożył wraz z ofertą informacje stanowiące wyłącznie wyniki procesu tworzenia rozwiązania technologicznego, a przedmiotem wyjaśnień było przedstawienie założeń i metodyki wyliczeń, a więc ujawnienie Zamawiającemu procesu, w wyniku którego osiągnięto określony premiiowany w postępowaniu rezultat. Izba zauważa również, że Zamawiający nie przedstawił w postępowaniu odwoławczym żadnego zestawienia, z którego wynikałoby, które konkretnie informacje zastrzeżone w wyjaśnieniach zostały już wcześniej ujawnione w złożonej wraz z ofertą koncepcji. Ponadto, informacje takie mogą również stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jako ujęte w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów i w ten sposób być nieznanne powszechnie osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo być niedostępne dla takich osób. Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że przekazane informacje: *„stanowią element podstawy stabilnej pozycji finansowej jego przedsiębiorstwa oraz fundament pozwalający na budowę przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi na rynku.”* Zdaniem Izby jest to twierdzenie wiarygodne mając na względzie, że poszczególne koszty eksploatacyjne w ramach Kosztu Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody mogą być elementami premiiowanymi, decydującymi o pozycji w rankingu ofert, jak w przedmiotowym postępowaniu. Niewątpliwie zatem ujawnienie wiedzy w jaki sposób Odwołujący planuje osiągnąć określone wyniki może wpłynąć, jak wskazywał w uzasadnieniu: *„negatywnie na konkurencyjność Wykonawcy, m. in. przez pozyskanie wiedzy dot. newralgicznego obszaru naszej działalności, dającej Wykonawcy przewagę na rynku przy konkuroowaniu i realizacji podobnych zamówień.”* Odwołujący wskazywał dalej, że *„Dotychczas dzięki posiadaniu tej przewagi konkurencyjnej, wszystkie oferty, które złożyliśmy na realizację robót z zakresu uzdatniania wody słonawej były ofertami wygrywającymi i zostały przez Inwestorów zaakceptowane do realizacji. W tym miejscu wskazujemy na nasze realizacje w Szczecinie i Elblągu. Nie można mieć zatem wątpliwości, iż informacje te mogą znajdować się w kręgu zainteresowań podmiotów konkurencyjnych, co w przypadku ich ujawnienia grozić będzie powstaniem u Wykonawcy znaczącej szkody. Należy bowiem zauważyć, że upublicznienie informacji dotyczących realnych zasobów przedsiębiorstwa Wykonawcy, jego know-how, może skutkować przejęciem wypracowanej niszy rynkowej generującej istotną część przychodu Envirotechu.”* Odwołujący wywodził więc wartość gospodarczą z zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych jego interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia informacji technicznych i technologicznych. Odwołujący podnosił, że są one *„efektem nakładu i czasu pracy poświęconego przez zespół doświadczonych i wykwalifikowanych specjalistów, po drugie —przy ich przygotowaniu wykorzystano szeroko pojęty know-how zarówno Wykonawcy, jego specjalistów jak i kluczowego kontrahenta. Ta wiedza stanowi dla podmiotów konkurujących z Wykonawcą potencjalne źródło zysków przez to, że pozyskanie jej może pozwolić na uzyskanie przez naszą konkurencję wymiernych oszczędności przy przygotowywaniu ofert na potrzeby podobnych realizacji, gdzie w grę wchodzi procesy uzdatniania powierzchniowych wód słonawych.”* Odwołujący przedstawił także wstępne wyliczenia wartości gospodarczej przekazanych informacji bazujące na wcześniej pozyskanych zyskach z realizacji zamówień podobnych wskazując, że *„wycena wartości informacji została ustalona w związku z tym, że w razie ujawnienia tych informacji prawdopodobieństwo wystąpienia szkody jest duże. Istniałby również związek przyczynowy między faktem ujawnienia informacji w tym konkretnym postępowaniu przez tego zamawiającego a szkodą, która wystąpi.*

*Taka przewidywana szkoda pokazuje z kolei wartość zastrzeżonych informacji.*” Jak wskazuje się w orzecznictwie informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej (tak KIO w wyroku z dnia 6 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2331/20). Takie informacje powinny być dla wykonawcy przynajmniej potencjalnie źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 9/20). Odwołujący zaznaczył również w uzasadnieniu straty po stronie swojego podwykonawcy wskazując: *„Upublicznienie tych informacji może również spowodować utratę korzyści także przez naszego partnera biznesowego – podmiot udostępniający zasoby (dostawcę tej technologii) – firmę Eurowater sp. z o.o., będącej jednym z 23 oddziałów duńskiej firmy Silhorko w Europie. Wielkość tych strat będzie wielokrotnie wyższa niż straty finansowe samego Wykonawcy, ale z uwagi na globalne funkcjonowanie tej firmy, wysokość tych strat jest dla nas trudna do oszacowania. Ujawnienie zastrzeganych informacji może w końcu pociągnąć za sobą naszą odpowiedzialność odszkodowawczą wobec naszego kontrahenta, przewidzianą w umowie z 8 marca 2023 roku.*”W ocenie Izby, Odwołujący wykazał więc wartość gospodarczą informacji technicznych i technologicznych przekazanych z wyjaśnieniami.

Przechodząc do działań mających na celu zachowanie informacji technicznych i technologicznych w poufności wskazania wymaga, że Odwołujący wykazał spełnienie tej przesłanki również poprzez złożenie dowodów adekwatnych do rodzaju zastrzeganych informacji. Zdaniem Izby Odwołujący w sposób wystarczający przedstawił odpowiednie zabezpieczenia przepływu informacji poufnych. Izba zauważa, że stanowisko Zamawiającego jak i Przystępującego, że przekazane informacje pochodzą z ogólnodostępnych, jawnych źródeł nie zostało poparte żadnymi dowodami. Nawet jeśli Odwołujący zastosowałby jakieś metodyki wycień czy przyjął założenia znane osobom z branży odpowiadającej przedmiotowi zamówienia to nie oznacza, że ich odpowiednia kompilacja i dobór elementów składających się na myśl techniczną, a więc konkretne rozwiązanie technologiczne nie zasługuje na ochronę. Izba zwraca uwagę, że pomimo argumentacji Przystępującego, iż: *„krąg producentów/dostawców technologii dla robót podobnych do objętych przedmiotem zamówienia, tj. stacji uzdatniania wody powierzchniowej słonawej, jest ściśle określony i dokładnie znany przedsiębiorcom działającym w tej branży.*”to jednak każdy z Oferentów osiągnął inne wyniki w poszczególnych kryteriach eksploatacyjnych.

Dalej podnieść należy za Odwołującym, że *„W celu skutecznej ochrony informacji poufnych udostępnianych przez kontrahentów wzajemnie przy przygotowaniu oferty na potrzeby Zamówienia oraz realizacji samego Zamówienia Envirotech sp. z o.o. i Eurowater sp. z o.o. zawarły 8 marca 2023 roku umowę o wzajemnym zachowaniu poufności i nieujawnianiu informacji, w której kontrahenci zobowiązali się wzajemnie do nieujawniania zastrzeżonych w toku współpracy przy ofertowaniu i realizacji Zamówienia.*” Jak wynika z treści umowy, Odwołujący zobowiązał się do zachowania poufności informacji otrzymanych od Eurowater sp. z o.o. W pkt 2.1. i 9.2. tej umowy określono zasady przestrzegania tajemnicy, w pkt 2.2. i 9.1. zastrzeżono możliwość przekazania informacji wyłącznie konkretnym Przedstawicielom, w pkt 4.3. przewidziano roszczenia odszkodowawcze w przypadku naruszenia postanowień umownych, a w pkt 5 kary umowne. Co więcej, Izba zauważa, że część przekazanych dokumentów zawiera klauzulę poufności: *„Producent zastrzega, że przedstawione dane są własnością firmy Eurowater i bez zgody nie podlegają rozpowszechnianiu ani ujawnianiu.*” Załączone do wyjaśnień Zarządzenie prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku określa zasady, które mają zabezpieczyć Odwołującego przed nieuprawnionym udostępnieniem danych, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Dostęp do tych informacji ma wyłącznie określony krąg osób, które poprzez złożone oświadczenia zobowiązały się do stosowania zasad objętych ww. Zarządzeniem. Niewątpliwie, wszystkie zastosowane przez Odwołującego działania mają właśnie na celu utrzymanie w poufności m.in. informacji przekazanych Zamawiającemu w wyjaśnieniach. Procedury są zatem adekwatne do rodzaju zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji. Ponadto, Odwołujący wskazał, że: *„Wymiana informacji między stronami umowy z 8 marca 2023 roku odbywa się przy użyciu bezpiecznych kanałów, z użyciem szyfrowania zawartości korespondencji. Całość utajnionych dokumentów jest przechowywana w siedzibie Wykonawcy z zachowaniem procedur bezpieczeństwa. Dostęp do materiałów mają tylko upoważnieni ww. pracownicy Wykonawcy. Archiwum z materiałami w wersji elektronicznej jest przechowywane w zaszyfrowanym katalogu sieciowym z ograniczonym dostępem tylko i wyłącznie dla upoważnionych pracowników. U Wykonawcy obowiązują odpowiednie zasady, co do postępowania z taką poufną informacją (dokumentacją), która jest przechowywana w zabezpieczonych (zarówno elektronicznymi systemami dozoru, jak i tradycyjnym zamkiem) miejscach, do których dostęp mają tylko ww. osoby.(...) dane te nie są podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, w szczególności na stronach internetowych, a system informatyczny, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem. Ponadto pracownicy dopuszczeni do ww. informacji, zostali poinformowani o ich poufnym charakterze i podpisali zobowiązania o zachowaniu poufności.*”W ocenie Izby, podjęte przez Wykonawcę działania jako wprost odnoszące się do typu informacji przekazywanych Zamawiającemu zabezpieczają poufność tych danych w sposób wystarczający dla uznania, że przesłanka zachowania

w poufności została spełniona.

W konsekwencji Izba nakazała unieważnienie czynności odtajnienia informacji zawartych w zastrzeżonych wraz z wyjaśnieniami dokumentach z wyjątkiem Zarządzenia prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku w sprawie warunków zachowania poufności przez pracowników firmy Envirotech sp. z o.o.”

W zakresie powyższego dokumentu, jak wynika z uzasadnienia zastrzeżenia, Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa krąg osób wskazanych w Zarządzeniu. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał jednak przesłanek uprawniających do zastrzeżenia tych informacji, a w szczególności Odwołujący nie wykazał działań mających na celu zachowanie danych osób w poufności.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia, że informacje na temat składu personalnego podanego w Zarządzeniu stanowią jego informacje organizacyjne. Jest to zespół osób zaangażowanych do przygotowania ofertowania na potrzeby postępowania oraz współpracujących z kluczowym kontrahentem – dostawcą technologii odwróconej osmozy. Odwołujący złożył Zarządzenie wraz z wyjaśnieniami celem wykazania przesłanki zachowania w poufności zastrzeganych informacji technicznych i technologicznych. Izba zauważa, że Odwołujący nie wykazał jednak przesłanek zastrzeżenia informacji organizacyjnych. Odwołujący wywodził wartość gospodarczą informacji o zespole osób z obawy przed możliwością ich tzw. „podkupienia”, co mogłoby po stronie Odwołującego spowodować utratę wykwalifikowanej kadry do realizacji podobnych jak przedmiotowe zamówień. Odwołujący, pomimo że oświadczył, iż spotkał się już z takimi działaniami nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego próby przejęcia specjalistycznej kadry Odwołującego. Ponadto, Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że zadaniem pracodawcy jest stworzyć warunki pracownicze, płacowe i umowne zapobiegające przed utratą wykwalifikowanych specjalistów. Jak słusznie podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: *„Wykonawca w żaden sposób nie wykazał związku między ujawnieniem informacji, zawartych w utajnionym wykazie osób, a jakimkolwiek ryzykiem uszczerbku dla swoich interesów i pozycji konkurencyjnej na rynku. (...) Sama obawa przed zmianami kadrowymi w tym zespole, nie może przesądzać o istnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa w kontekście składu osobowego tegoż zespołu oraz w kontekście posiadanego przez poszczególne osoby doświadczenia. Wykonawca w żaden sposób nie dowiódł również zjawiska przejmowania pracowników jako bezpośredniego następstwa ujawnienia w postępowaniach przetargowych informacji nt. osób.”* Co jednak kluczowe Odwołujący nie wykazał przesłanki podjęcia działań w celu zachowania informacji o zespole osób w poufności. Odwołujący w ogóle do tej kwestii się nie odniósł i nie przedstawił w jaki sposób chronione są informacje na temat posiadanych zasobów osobowych. Co więcej, Odwołujący ujawnił częściowo zastrzegane informacje organizacyjne w umowie o zachowaniu w poufności. Trudno zatem uznać za wiarygodne oświadczenie Odwołującego, że tego typu dane mają dla niego wartość gospodarczą, skoro Odwołujący nie zachowuje środków ostrożności przy ujawnianiu tożsamyh czy też analogicznych informacji. Odwołujący nie wykazał więc przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa względem informacji zawartych w Zarządzeniu, dlatego też zasadnie Zamawiający uznał, że dane te należy odtajnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego, jak również koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 20 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Izba rozstrzygając o kosztach postępowania miała na względzie dyspozycję § 7 ust. 5 ww. Rozporządzenia, zgodnie z którym Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów, w szczególności, jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania. Izba zauważa, że zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy pzp został uwzględniony w całości względem zastrzeżonych informacji technicznych i technologicznych stanowiących merytoryczną część złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Izba oddaliła zarzut wyłącznie w zakresie informacji organizacyjnych w dokumencie „Zarządzenie prezesa Zarządu z dnia 8 marca 2023 roku w sprawie warunków zachowania poufności (...)”, złożonym nie bezpośrednio w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia, ale w celu wykazania przesłanki zachowania informacji technicznych i technologicznych w poufności. W tych okolicznościach zdaniem Izby waga zarzutów uwzględnionych uzasadniała odstąpienie od rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....