

WYROK

Warszawa, dnia 19 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "M." M.J. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Związek Międzygminny "Gospodarka Komunalna" z siedzibą w Chrzanowie,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rusku i Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balinie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu – Związkowi Międzygminnemu "Gospodarka Komunalna" z siedzibą w Chrzanowie:
 - 1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rusku i Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balinie,
 - 1.2. Dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odtajnienie odpowiedzi z dnia 5 grudnia 2023 r. na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz ze wszystkimi załącznikami złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rusku i Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balinie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego – Związek Międzygminny "Gospodarka Komunalna" z siedzibą w Chrzanowie i:
 - 2.1. Zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "M." M.J. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasądzić od zamawiającego – Związku Międzygminnego "Gospodarka Komunalna" z siedzibą w Chrzanowie na rzecz wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "M." M.J. z siedzibą w Krakowie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez tego wykonawcę.

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:.....

Uzasadnienie

Związek Międzygminny "Gospodarka Komunalna" z siedzibą w Chrzanowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych zebranych w PSZOK zlokalizowanych na terenie Związku Międzygminnego „Gospodarka Komunalna” oraz wyposażenie PSZOK-ów w pojemniki i kontenery”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 października 2023 r., pod numerem 2023/S 203-634992.

W dniu 27 grudnia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "M." M.J. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej

„Odwołującym” lub „wykonawcą M.”, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego oraz od zaniechania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie przepisów ustawy PZP, tj.:

- 1) zaniechania czynności odtajnienia wyjaśnień (wraz ze wszystkimi załącznikami do tych wyjaśnień) złożonych w dniu 4 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rusku i Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balinie (zwanymi dalej łącznie jako „Konsorcjum ENERIS”) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 listopada 2023 r. w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP oraz zaniechania udostępnienia treści tych wyjaśnień (wraz z załącznikami) Odwołującemu,
- 2) czynności dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu złożonej przez Konsorcjum ENERIS, z jednoczesnym prowadzeniem przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem podstawowych zasad wyrażonych w ustawie PZP, tj. zasady jawności, równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i legalizmu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny (wraz z załącznikami) złożonych przez Konsorcjum ENERIS w dniu 4 grudnia 2023 r., podczas gdy dokonane zastrzeżenie jako „tajemnicy przedsiębiorstwa” wyjaśnień i załączników do nich nie spełnia przesłanek wskazanych w hipotezie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkowało tym, że Odwołujący i inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu pozbawieni zostali dostępu do treści złożonych wyjaśnień m. in. w celu dokonania ich oceny (zarzut nr 1),
- 2) art. 16 pkt 1 ustawy PZP i art. 17 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP – poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ENERIS, podczas gdy zasada równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, w okolicznościach faktycznych i prawnych przedmiotowej sprawy nie pozwalała Zamawiającemu na podjęcie decyzji o wyborze oferty Konsorcjum ENERIS – Zamawiający powinien był bowiem w miejsce tego dokonać czynności wskazanych w treści przedmiotowego odwołania, których dokonania zaniechał (zarzut nr 2).

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegających na badaniu i ocenie ofert oraz na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ENERIS,
- 2) ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 3) odtajnienia wyjaśnień (wraz ze wszystkimi załącznikami do tych wyjaśnień) złożonych w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP przez Konsorcjum ENERIS w dniu 4 grudnia 2023 r. oraz ich udostępnienia Odwołującemu.

Ponadto Odwołujący wniósł odopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu lub przedłożonych na rozprawie przed Izłą, a także o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca M. podał, że Zamawiający w dniu 28 listopada 2023 r. na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP wezwał Konsorcjum ENERIS do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zawartej w złożonej ofercie. W treści tego wezwania Zamawiający zażądał od Konsorcjum złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej oraz cen jednostkowych zawartych w Załączniku nr 1a do SWZ – Formularzu kalkulacyjnym ceny ofertowej, a w szczególności do cen w pozycjach: 1. – odpad o kodzie 15 01 01, 7. – odpad o kodzie 15 01 07, 9. – odpad o kodzie 15 01 10, 11 – odpad o kodzie 16 01 03, 12. – odpady o kodzie 17 01 01, 18. – odpad o kodzie 17 02 02, 21. – odpad o kodzie 17 09 04, 24. – odpad o kodzie 20 01 10, 25. – odpad o kodzie 20 01 11, 35. – odpad o kodzie 20 01 28, 46. – odpad o kodzie 20 02 01, 47. – odpad o kodzie 20 03 07, które Zamawiającemu wydały się rażąco niskie i wzbudziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W odpowiedzi Konsorcjum ENERIS złożyło wyjaśnienia w dniu 4 grudnia 2023 r., gdzie oprócz pisma zawierającego w swojej osnowie treść wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny (1 dokument) Konsorcjum złożyło dodatkowo 18 dokumentów opisanych jako załączniki od nr 1 do nr 9 i jednocześnie Konsorcjum utajniło całość swoich wyjaśnień (i załączników do tych wyjaśnień). Oprócz tego Konsorcjum ENERIS złożyło Zamawiającemu pismo datowane również na 4 grudnia 2023 r. zatytułowane „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”, do którego został załączony jeden dokument (oznaczony jako Załącznik nr 1),

tj. „Procedura Ochrony Tajemnicy Przedsiębiorstwa w Spółce Grupy ENERIS” z dnia 17 maja 2021 r. Odwołujący zwrócił uwagę, że Procedura ta dotyczy spółek z Grupy ENERIS, czyli zgodnie z definicją zawartą w jej § 1 pkt 7: „Grupa ENERIS – spółki z siedzibą w Polsce, zarejestrowane pod wspólną nazwą ENERIS, będące podmiotami zależnymi od ENERIS Group Société Anonyme”, natomiast konsorcjant Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balinie (zwany dalej jako „wykonawca ZGOK”) będący własnością Miasta Jaworzno (14,98% udziałów w kapitale zakładowym), Zamawiającego – Związku Międzygminnego „Gospodarka Komunalna” z siedzibą w Chrzanowie (17,98% udziałów w kapitale zakładowym) i wykonawcy ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ruskunie spełnia tej definicji. Odwołujący wywiódł z tego, że najprawdopodobniej przedmiotowa Procedura, stanowiąca jedyny załącznik do Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dotyczy tylko i wyłącznie konsorcjanta ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rusku, co z kolei prowadzi do wniosku, że w odniesieniu do drugiego z konsorcjantów nie zostały przedłożone przez Konsorcjum ENERIS żadne dowody, które dotyczyłyby uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad w systemie zamówień publicznych, a co za tym idzie ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w ściśle określonych przypadkach, o których mowa w ustawie PZP. Podkreślenia wymaga, że przypadki wyłączające zasadę jawności nie mogą być interpretowane rozszerzająco, zgodnie z zasadą wykładni prawa *exceptiones non sunt extentandae*. Odwołujący podniósł też, że zasada ta jest jednym z podstawowych narzędzi służących przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem jego przejrzystości i wymogami uczciwej konkurencji, czyli podstawowych instytucji zamówień publicznych opisanych w art. 16 ustawy PZP, a jej naruszenie w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi poważne naruszenie przepisów ustawy PZP i istotne utrudnienie w kontroli poprawności oferty wykonawcy – Konsorcjum i jej oceny przez Zamawiającego oraz możliwości jej skutecznego zakwestionowania w trybie odwołania. Odnosząc się do treści art. 18 ust. 3 ustawy PZP Odwołujący dokonał wykładni pojęcia „wykazanie”, które według orzecznictwa Izby i doktryny utożsamiane jest wyraźnie z pojęciem „udowodnienia” (tak m. in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2022 r. w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 764/22 i KIO 804/22). Ze względu na to, że nie można żądać od wykonawców „wykazania” (udowodnienia) przesłanki „braku ujawnienia informacji poufnej do wiadomości publicznej”, to zdaniem Odwołującego w sposób bardziej rygorystyczny i zasadniczy należy weryfikować kwestię wykazania czy zostały np. podjęte przez wykonawcę niezbędne działania w celu zachowania poufności „tajemnicy”, które przybierają najczęściej postać materialną, tj. czy wykazał on „wartość gospodarczą” zastrzeganych informacji oraz czy wykazał prawidłowo istnienie przesłanek uzasadniających nieujawnianie zastrzeżonych informacji. Powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 477/20 Odwołujący zauważył, że to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią „tajemnicę przedsiębiorstwa” – nawet w przypadku uznania, iż zastrzeżone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ze względu na wartość gospodarczą jaką posiadają dla wykonawcy, należy badać skuteczność ich zastrzeżenia. Art. 18 ust. 3 ustawy PZP został rozwinięty w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w świetle którego, aby informacja mogła zostać skutecznie zastrzeżona jako „tajemnica przedsiębiorstwa” muszą zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki: 1) musi dotyczyć informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów informacje nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób, 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zatem niezbędnym elementem skutecznego uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest „wykazanie” przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł również, że „informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inna” powinna posiadać dla wykonawcy posługującego się tajemnicą przedsiębiorstwa „wartość gospodarczą”. Nie wystarcza więc samo stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie ona poufna. Odwołujący podkreślił konieczność wszechstronnej oceny złożonych wyjaśnień w kontekście okoliczności faktycznych danej sprawy oraz wyważenia 2 istotnych dóbr: ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa (tam gdzie rzeczywiście spełniania ona wymagania ustawowe), a także zasady uczciwej konkurencji, zasady przejrzystości oraz zasady jawności postępowania.

Odnosząc się do meritum sprawy wykonawca M. wskazał, że Konsorcjum ENERIS do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożyło dokument z dnia 4 grudnia 2023 r. zatytułowany „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”. Nie załączyło do niego żadnych dokumentów wykazujących łącznie ziszczenie się

przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 18 ust. 3 ustawy PZP. Za takowy dokument Odwołujący nie uznaje załączonej „Procedury Ochrony Tajemnicy Przedsiębiorstwa w Spółce Grupy ENERIS”, który jest dokumentem o charakterze abstrakcyjnym i zawiera treść rutynową, powtarzalną w wielu podobnych podmiotach gospodarczych, a do tego nie odnoszącą się w żaden konkretny sposób do informacji zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Konsorcjum ENERIS nie przedłożyło wraz z Uzasadnieniem żadnych innych dokumentów – nie tylko dokumentów, które wykazywałyby rzeczywistą wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, ale nawet nie przedłożyło żadnych dokumentów takich jak np.: oświadczenia pracowników Konsorcjum o zobowiązaniu do zachowania poufności informacji, upoważnienia do dostępu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, umowy o zachowaniu poufności (NDA), umowy z dostawcami usług teleinformatycznych, szczegółowe indywidualno-konkretnie dokumenty dotyczące ochrony w aspekcie podmiotowym i przedmiotowym tych konkretnych informacji, które znalazły się w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum. Odwołujący podkreślił, że zasady doświadczenia życiowego wskazują na to, że dokumenty dotyczące ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w podmiotach gospodarczych dotyczą zazwyczaj m. in. członków zarządu, pracowników księgowości, kadr, prawników, specjalistów od zamówień publicznych, informatyków, technologów, handlowców, czyli osób, które zwyczajowo uczestniczą w procedurach zawierania umów, kreowania polityki kadrowej i finansowej spółki lub dbają o relacje marketingowe, handlowe i techniczne. Żadne takie dokumenty nie zostały przedłożone przez Konsorcjum ENERIS. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na to, że Konsorcjum ENERIS zastrzegło a priori całość treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny (i załączników do nich), podczas gdy nawet nie znając treści złożonych wyjaśnień można z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością zakładać, iż nie jest możliwe, żeby cała treść pisma zawierającego wyjaśnienia (i załączników do nich) zawierała informacje, które nawet tylko potencjalnie i hipotetycznie spełniałyby przesłanki warunkujące uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, co zdaniem Odwołującego należy uznać za szczególnie naganną praktykę w świetle zasad zamówień publicznych, uczciwej konkurencji i dobrych obyczajów kupieckich.

Odwołujący bazując na szczątkowych informacjach znajdujących się w treści Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa założył, że konkretnymi informacjami, które znalazły się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jego konkurenta są: nazwy dostawców paliw, sposób organizacji floty pojazdów i personelu, wynagrodzeń, cen skupu surowców. Ze względu na brak znajomości treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołujący w sposób ogólny podkreślił, że:

- krąg dostawców paliw, zwłaszcza hurtowych dostawców paliw, jest nieliczny w warunkach krajowego rynku polskiego, a tym bardziej lokalnego, tj. obejmującego teren gmin wchodzących w skład Związku Międzygminnego „Gospodarka Komunalna” i okolic – jest to fakt powszechnie znany, więc trudno uznać taką informację za „unikatową”, uzasadniającą jej zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
- ceny sprzedaży paliwa, w tym odbiorcom instytucjonalnym, kształtują się na podobnym poziomie w całej Polsce, nie jest więc to czynnik, który mógłby wpływać na zwiększenie konkurencyjności Konsorcjum ENERIS w stosunku do podobnych, konkurencyjnych podmiotów gospodarczych, ani nie są to informacje, które stanowią jakąś specyficzną wiedzę dostępną tylko dla Konsorcjum ENERIS lub też których poznanie mogłoby zwiększyć konkurencyjność podmiotów gospodarczych konkurujących z Konsorcjum ENERIS – informacje o cenach paliw nie posiadają waloru pozwalającego na nadanie im charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa,
- informacje na temat „sposobu organizacji floty pojazdów i personelu” Konsorcjum ENERIS również trudno uznać za cechujące się jakimiś szczególnie „tajemnymi” przymiotami w okolicznościach tej sprawy, informacje takie jak ilość pojazdów potrzebna do wykonania zamówienia i rodzaj tych pojazdów, ilość i cechy potrzebnych kontenerów i pojemników itd. została określona w SWZ w warunkach udziału w postępowaniu, także inne zasady i wymagania związane z realizacją zamówienia są znane, bo znajdują się w treści dokumentów zamówienia,
- rodzaj samochodów i rodzaj usługi pozwala z kolei na wnioskowanie co do potrzebnej obsady osobowej tych pojazdów oraz parametrów takich jak ilość spalanej paliwa i inne koszty związane z eksploatacją pojazdów – są to bowiem cechy o charakterze raczej powtarzalnym w przypadku każdej tego rodzaju usługi,
- zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122): „*W zakresie posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz jego odpowiedniego stanu technicznego należy zapewnić, aby: [...] pojazdy były trwale i czytelnie oznakowane, w widocznym miejscu, nazwą firmy oraz danymi adresowymi i numerem telefonu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości*” – zatem nie sposób uznać, aby rodzaj, marka, przeznaczenie pojazdów Konsorcjum ENERIS stanowiły jakąkolwiek tajemnicę (w szczególności zaś tajemnicę przedsiębiorstwa), skoro obowiązkiem Konsorcjum tak jak każdego wykonawcy jest ich właściwe oznaczenie przy każdym świadczeniu usługi,

– tak samo znane lub możliwe do poznania za pomocą powszechnie dostępnych źródeł są informacje takie jak: lokalizacja baz magazynowo-transportowych Konsorcjum ENERIS, które będą wykorzystywane do realizacji usługi (skąd będą wyruszać i dokąd będą wracać pojazdy po skończonym kursie), lokalizacja prawdopodobnych instalacji, do których będą transportowane odpady, lokalizacja PSZOK-ów, z których będzie następował odbiór odpadów, a tym samym odległości i orientacyjne trasy, które powinny pokonać pojazdy Konsorcjum ENERIS, więc tym samym także czas potrzebny na realizację usługi i ilość roboczogodzin nie są danymi mającymi hermetyczny charakter – dokumenty zamówienia i dotychczasowe doświadczenie Odwołującego w zakresie realizacji analogicznej usługi na rzecz tego samego Zamawiającego w okresie od dnia 1 stycznia 2023 r. do dnia 31 grudnia 2023 r. pozwoliły mu czynić przewidywania co do częstotliwości świadczenia usługi, ilości odpadów transportowanych podczas kursu pojazdu i najbardziej racjonalnych ekonomicznie rozwiązań logistycznych, w związku z tym informacji tego rodzaju nie sposób uznać za posiadające walor specyficznego know-how Konsorcjum ENERIS,

– wynagrodzenia oferowane na rynku, w szczególności na terenie gmin Chrzanów, Trzebinia i Libiąż, pracownikom zatrudnionym w przedsiębiorstwach działających w branży odpadowej, w tym zwłaszcza kierowcom i ładownicom nieczystości stałych, a także pracownikom biurowo-administracyjnym i obsługi warsztatowej nie są wiedzą dostępną tylko dla Konsorcjum ENERIS, Odwołujący podniósł, że oprócz centrali w Krakowie posiada również m. in. oddział w Trzebini (bazę i biuro), w którym zatrudnia kilkadziesiąt osób i zna lokalne uwarunkowania, mając do czynienia z tą samą lokalną pulą osób kandydujących do pracy co Konsorcjum ENERIS – każdy przedsiębiorca świadczący usługi na terenie Związku Międzygminnego ma zatem do czynienia z podobnymi oczekiwaniami płacowymi pracowników i dane na ten temat nie stanowią wyjątkowej wiedzy wykonawców tworzących Konsorcjum ENERIS, nie stanowią więc faktycznie tajemnicy przedsiębiorstwa członków tego Konsorcjum,

– ceny skupu surowców wtórnych nie są również informacjami, w przypadku których poziom tych cen, który dotyczy Konsorcjum ENERIS, mógłby stanowić zaskoczenie dla konkurentów tego Konsorcjum, albowiem zarówno Odwołujący, jak i inne podmioty działające w branży odpadowej, znają poziomy i tendencje cenowe na rynku surowców wtórnych oraz zakresy cenowe, w których porusza się rynek, jak również prognozy rynkowe na 2024r., w szczególności co do cen, które płać dostawcom przyjmujący surowce wtórne lub które dostawcy muszą zapłacić na rzecz recyklerów, itp. za przyjęcie tych odpadów; według Odwołującego nie bez znaczenia jest fakt, że w aktualnej sytuacji gospodarczej stabilność i trwałość cen skupu surowców wtórnych jest mocno zachwiana i jakkolwiek powzięta z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wiedza Odwołującego lub innych wykonawców na ten temat nie sprawi, że będą oni mogli bazować na tej konkretnej, temporalnej wiedzy w swojej dalszej działalności gospodarczej, ponadto jeśli Konsorcjum ENERIS twierdzi, że posiada korzystne ceny z uwagi na ekskluzywne relacje biznesowe, to tym bardziej nie istnieje ryzyko przejścia tych kanałów zbytu i kontaktów handlowych przez Odwołującego lub innych przedsiębiorców, gdyż oczywiste jest, iż w takim razie Odwołujący i inni przedsiębiorcy, nie pozostając w stałych, długich i zażyłych stosunkach gospodarczych z danymi odbiorcami surowców wtórnych, nie mogą liczyć na uzyskanie takich samych warunków współpracy z tymi podmiotami jak Konsorcjum ENERIS – zatem i w tym przypadku brak jest przesłanek do traktowania zastrzeżonych informacji jako mających charakter pozwalający na ich skuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreślił, że wskazane informacje są regulowane przez rynek i aktualną sytuację gospodarczą i trudno przyjąć, że Konsorcjum ENERIS posiada np. szczególny know-how, w jaki sposób wypłacić pracownikom wynagrodzenia znacznie niższe niż pozostałe podmioty operujące na rynku, czy jak zakupić paliwo za stawki tak niskie, że można by im przypisać wartość gospodarczą w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Poza tym wiele informacji dotyczących działalności przedsiębiorstw członków Konsorcjum ENERIS znajduje się na stronach internetowych podmiotów należących do grupy kapitałowej. Odwołujący zauważył również, że wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie publiczne będzie m. in. zobowiązany do składania raportów miesięcznych z wykonania usługi zgodnie z Załącznikiem nr 11 do SWZ, z podziałem na każdy PSZOK odrębnie. Z treści wzoru raportu miesięcznego wynika, że obejmuje on dane takie jak: numer karty przekazania odpadów, kod odpadu, ilość odebranych odpadów, masa odpadu, instalacja, do której przekazano odpady, nr rejestracyjny pojazdu, proces, któremu poddano odpady – czyli bardzo wiele informacji, które Konsorcjum ENERIS na użytek wyjaśnień rażąco niskiej ceny traktuje jako zwierające tajemnicę przedsiębiorstwa, stanie się publicznie dostępnymi na bieżąco w trakcie realizacji usługi (wraz z dokumentami źródłowymi załączanymi do raportów miesięcznych, np. kartami przekazania odpadów) – w drodze dostępu do informacji publicznej. Ponadto zgodnie z postanowieniami pkt 10 na str. 4 OPZ: „Wykonawca jest zobowiązany do przekazywania Zamawiającemu danych o rodzajach i masie odpadów komunalnych odebranych z PSZOK, poddanych recyklingowi i przygotowanych do ponownego użycia oraz poddanych innym formom odzysku wraz z wskazaniem instalacji końcowych, do których odpady trafiły. Dane te są niezbędne do sporządzenia rocznego sprawozdania dla Marszałka Województwa Małopolskiego w Krakowie”, a więc i te dane nie pozostaną poufne wewnątrz przedsiębiorstw członków Konsorcjum

ENERIS.

Odwołujący podniósł też, że „szczególnych” relacji z instalacjami, odbiorcami surowców wtórnych czy podwykonawcami nie sposób „zburzyć”, a nadto informacje „wrażliwe” wymagają zastrzeżenia także przez drugą ze stron, tj. kontrahentów Konsorcjum ENERIS, co w tej sprawie nie nastąpiło. Powołał się przy tym na wyrok Izby z dnia 25 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2123/20. Odwołujący dodał, że Konsorcjum ENERIS nie przedłożyło też ani jednego dowodu, np. w postaci klauzul poufności, który świadczyłby o istnieniu oraz zakresie ochrony informacji w przedsiębiorstwach kontrahentów Konsorcjum.

Ponadto w ocenie Odwołującego analiza treści Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pozwala na stwierdzenie, że Konsorcjum ENERIS nie sprostало ciężarowi wykazania zasadności zastrzeżenia poufności wyjaśnień. Przeważająca część Uzasadnienia to cytaty z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych charakterystyczne dla tego typu dokumentów, a które Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie kwestionowała w swoich orzeczeniach. Zdaniem Odwołującego jedynie niewielka część Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została poświęcona na wykazanie łącznego wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art 18 ust. 3 ustawy PZP i tylko w niektórych fragmentach pisma można doszukać się quasi-konkretniejszych informacji na ten temat, choć i one nie zawierają żadnych konkretów oraz stanowią jedynie przededagowanie ogólników cechujących pozostałą część Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwrócił też uwagę na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 listopada 2023 r., które odnosiło się do poszczególnych cen z Formularza kalkulacyjnego, tj. pozycji nr 1, 7, 9, 11, 12, 18, 21, 24, 25, 35, 46 i 47, co determinowało treść odpowiedzi na wezwanie i zawartość wyjaśnień, a w konsekwencji też rozstrzygnięcie kwestii w przedmiocie potrzeby „utajniania” informacji z tak zakreślonym zakresem wyjaśnień niezwiązanych. Zdaniem Odwołującego z treści Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób wywnioskować, jaką konkretną „wartość gospodarczą” dla Konsorcjum ENERIS posiadają dane podane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Treść Uzasadnienia nie niesie żadnej wartości poznawczej – nie wskazuje ona, dlaczego upublicznienie informacji podanych w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w sposób istotny wpłynęłoby na sytuację Konsorcjum ENERIS i w jaki sposób oraz jaką wartość te informacje mają. Wywód przeprowadzony przez Konsorcjum ENERIS ma charakter ogólny i nie odnosi się konkretnie do przedmiotowego postępowania i jako taki mógłby zostać wprowadzony do jakiegokolwiek z dokumentów tego typu, dowolnej branży. Według Odwołującego treść Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazuje, aby Konsorcjum ENERIS w sposób konkretny i rzetelny odnosiło się w treści Uzasadnienia do swoich utajnionych wyjaśnień. Odwołujący ma wrażenie, że dokumentem tym stworzonym w sposób raczej szampowy Konsorcjum próbuje ograniczyć dostęp do złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny tak, aby uniknąć zakwestionowania bardzo niskiej ceny usługi.

Zdaniem Odwołującego o szampowości treści Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa świadczy też to, że Konsorcjum stwierdziło w Uzasadnieniu, że: „*Informacje na temat instalacji zostały przez wykonawcę zastrzeżone również w treści oferty złożonej Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia*”, podczas gdy:

- Konsorcjum ENERIS składając ofertę nie zastrzegło żadnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co wyraźnie wynika z oświadczenia złożonego przez to Konsorcjum w treści Formularza oferty na str. 6, sekcja VI „*Tajemnica przedsiębiorstwa*”, gdzie po zdaniu: „*Oferta zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa*” Konsorcjum ENERIS zaznaczyło odpowiedź „*NIE*”,

- w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na etapie składania ofert Zamawiający nie wymagał złożenia wykazu instalacji i żaden oferent faktycznie takiego wykazu nie złożył – zgodnie z pkt 5 lit. e, sekcja nr XXV „*Informacje o formalnościach jakie muszą być dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy*” SWZ „wykaz instalacji, do których przekazywane będą odpady w celu ich odzysku lub unieszkodliwienia” wykonawca składa Zamawiającemu dopiero przed podpisaniem umowy.

Zważywszy na fakt, że Konsorcjum ENERIS nie zastrzegło żadnych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa w treści oferty, to w opinii Odwołującego można stwierdzić, że Konsorcjum ENERIS w swoim Uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazuje się niekonsekwencją, albowiem dopiero na etapie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny Konsorcjum zaczęło „koniunkturalnie” powoływać się na poufny charakter informacji co do cen, podwykonawców itp. Odwołujący uważa zatem, że wszystkie elementy, w których Konsorcjum ENERIS upatruje swoją przewagę konkurencyjną, są jawne. Jednocześnie informacje o cenach paliw, wynagrodzeniach osób skierowanych do odbioru odpadów, kosztów zagospodarowania odpadów, itd. w żadnej mierze nie mogą być podstawą szczegółowych analiz rentowności i słabych stron Konsorcjum ENERIS. Przypisywanie tym informacjom takiego znaczenia tylko potwierdza, że Konsorcjum to wykorzystało uniwersalne stwierdzenia w celu uzasadnienia nieprzystających do nich czynników, aby sprawić mylne wrażenie, że została należycie wykazana zasadność zastrzeżenia wyjaśnień w

przedmiocie rażąco niskiej ceny. Odwołujący podkreślił, iż czynniki cenotwórcze decydujące o przewadze konkurencyjnej danego wykonawcy, są w postępowaniach na odbiór oraz zagospodarowanie odpadów takie same dla wszystkich wykonawców – dany wykonawca odbiera odpady przystosowanymi do tego pojazdami, zatrudniając osoby do ich obsługi, następnie odpady trafiają do instalacji do ich przetwarzania w celu zagospodarowania. Wykonawcy operujący na rynku opierają się zatem na dokładnie tych samych realiach.

Odwołujący wskazał ponadto, że treść przedłożonej jako Załącznik nr 1 do Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa „*Procedury Ochrony Tajemnicy Przedsiębiorstwa w Spółce Grupy ENERIS*” zawiera bardzo ogólną treść. Dokument ten nie wymienia jednak jakie konkretnie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa pomimo tego, że jest to dosyć powszechną praktyką w przypadku tego rodzaju dokumentów, aby wyliczyć w sposób bardziej konkretny przynajmniej kategorie informacji podlegających ochronie w przedsiębiorstwie. Treść „*Procedury Ochrony Tajemnicy Przedsiębiorstwa w Spółce Grupy ENERIS*” żaden sposób nie odnosi się konkretnie do informacji żądanych przez Zamawiającego w treści wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zdaniem Odwołującego nie sposób bowiem wskazać jak treść tej Procedury jest konkretnie powiązana z „utajnionymi” wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, czy też w jaki sposób Procedura ta wykazuje wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, bo nie zostało to wykazane. Procedura ta odnosi się co najwyżej do ogólnej polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa u członków Konsorcjum ENERIS, ale już nie u jego kontrahentów, podwykonawców itd., z którymi Konsorcjum współpracuje i o których wspomina w treści Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zauważył również, że przedłożona „*Procedura Ochrony Tajemnicy Przedsiębiorstwa w Spółce Grupy ENERIS*” nosi datę 17 maja 2021 r., podczas gdy lider Konsorcjum – Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rusku został zarejestrowany w KRS w dniu 24 czerwca 2002 r., a członek tego Konsorcjum – Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balinie został zarejestrowany w KRS w dniu 23 sierpnia 2002 r., z czego Odwołujący wywodzi, że szereg informacji o charakterze „gospodarczym, technicznym, handlowym, innym” został upubliczniony przez oba te podmioty przed datą wejścia przedmiotowej Procedury w życie, więc tym samym nie stanowią one aktualnie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał również, że ze względu na treść art. 18 ustawy PZP oraz ustawę z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej każda złożona i nie zastrzeżona przez Konsorcjum ENERIS oferta, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, listy podwykonawców, kontrahentów, odbiorców surowców, dostawców i instalacji, decyzje organów, którymi legitymuje się dany wykonawca, korespondencja z urzędami i innymi instytucjami jest prawnie dostępna dla praktycznie nieograniczonej liczby podmiotów. Zważywszy na to, że Konsorcjum ENERIS nie wykazało w sposób skuteczny w Uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że powszechną praktyką w przedsiębiorstwach konsorcjantów jest dbanie o tajemnicę przedsiębiorstwa i każdorazowe jej zastrzeganie tak, aby ograniczyć dostęp do niej, według Odwołującego wynika z tego, że procedury takie nie były w przeszłości stosowane konsekwentnie, a nawet jeśli tak było, to nie zostało to w przedmiotowym postępowaniu wykazane przez Konsorcjum, pomimo tego, że obaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia byli do tego zobowiązani.

Odwołujący podniósł, że w tym stanie rzeczy Zamawiający nie powinien był dokonywać w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum ENERIS. Zamawiający uchybił w ten sposób powinności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zdaniem Odwołującego rażąco niska cena może być bez wątpienia kwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji. Na etapie badania i oceny ofert Zamawiający w celu zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zobowiązany jest również do wyjaśnienia treści oferty w zakresie budzącym wątpliwości – zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, poprawienia omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 ustawy PZP, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu – zgodnie z art. 224 ustawy PZP, a także zweryfikowania, czy występują podstawy do odrzucenia oferty, określone w art. 226 ust. 1 ustawy PZP. W tym kontekście za szczególnie niepokojące Odwołujący uznał zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodtajnieniu wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum ENERIS i tym samym uniemożliwienie Odwołującemu odniesienia się do treści tych wyjaśnień i ewentualnej z nimi polemiki, przez co Odwołujący został pozbawiony przez Zamawiającego możliwości obrony swoich praw.

W ocenie Odwołującego czynności oraz zaniechania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzą również do sytuacji, w której pod znakiem zapytania staje to, czy Zamawiający zdecydował się udzielić zamówienia w sposób zapewniający poszanowanie zasady legalizmu z art. 17 ust. 2 ustawy PZP. Dochowanie tej zasady wiąże się z koniecznością przeprowadzenia odpowiedniej dla danego trybu udzielenia zamówienia procedury, która pozwoli wyłonić ofertę najkorzystniejszą i jednocześnie doprowadzi do odrzucenia ofert, co do których wystąpi jakakolwiek przesłanka ich odrzucenia. Art. 17 ust. 2 ustawy PZP znajduje

zastosowanie w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy PZP, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wyrażona zasada udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy powoduje, że unieważnienie wadliwej czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty, wadliwe wykluczenie z postępowania wykonawcy, a także odrzucenie oferty lub unieważnienie postępowania może być zweryfikowane przez Zamawiającego w każdym czasie, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W celu uniknięcia naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy PZP w każdym czasie, nawet po wyborze oferty najkorzystniejszej, a jeszcze przed udzieleniem zamówienia publicznego Zamawiający jest obowiązany unieważnić każdą dokonaną czynność z naruszeniem przepisu ustawy PZP, jeżeli dokonanie takiej czynności może mieć wpływ na wynik postępowania, a także dokonać czynności zaniechanej, jeżeli zaniechanie może mieć wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Konsorcjum ENERIS, albowiem zostało ono złożone w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy PZP i nie zawierało wad formalnych.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania i uczestnika postępowania odwoławczego, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 stycznia 2024 r. i stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w jego piśmie z dnia 15 stycznia 2024 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej. Jednocześnie Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 1 SWZ przedmiot zamówienia obejmuje:

- odbieranie odpadów komunalnych z trzech Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) położonych po jednym na terenie gminy Chrzanów, Libiąż oraz Trzebinia,
- transport i zagospodarowanie wszystkich zebranych w tych PSZOK-ach odpadów,
- wyposażenie trzech (każdego z osobna) PSZOK w kontenery i pojemniki na odpady dostarczane przez mieszkańców do danego PSZOK.

Szczegółowy opis zamówienia określono w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ (rozdział IV ust. 2 SWZ).

Oferty w postępowaniu złożyło 3 wykonawców:

- Konsorcjum ENERIS na kwotę 3 365 166 zł 60 gr,
- wykonawca M. na kwotę 4 540 595 zł 94 gr,

– wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FHU „Rucki” T.R. z siedzibą w Trzebini na kwotę 7 255 119 zł 51 gr.

W dniu 28 listopada 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP – uznając, że cena ofertowa brutto zawarta w ofercie Konsorcjum ENERIS jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu – wezwał to Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej oraz cen jednostkowych zawartych w Formularzu kalkulacyjnym a w szczególności do cen w pozycjach:

- 1 – odpad o kodzie 15 01 01,
- 7 – odpad o kodzie 15 01 07,
- 9 – odpad o kodzie 15 01 10,
- 11 – odpad o kodzie 16 01 03,
- 12 – odpady o kodzie 17 01 01,
- 18 – odpad o kodzie 17 02 02,
- 21 – odpad o kodzie 17 09 04,
- 24 – odpad o kodzie 20 01 10,
- 25 – odpad o kodzie 20 01 11,
- 35 – odpad o kodzie 20 01 28,
- 46 – odpad o kodzie 20 02 01,
- 47 – odpad o kodzie 20 03 07,

które wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach należy wykazać, że ceny jednostkowe zawierają wszystkie niezbędne do realizacji zamówienia elementy, w tym m. in. koszty odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów, koszty pracownicze (zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego), koszty związane z eksploatacją pojazdów odbierających odpady oraz inne, niezbędne elementy.

Zamawiający poinformował również, że w razie nieudzielenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny to zgodnie art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP oferta zostanie odrzucona.

Następnie w dniu 5 grudnia 2023 r. Konsorcjum ENERIS udzieliło odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Do wyjaśnień zostały załączone dowody w postaci szczegółowej kalkulacji kosztów, oferty od kontrahentów i podwykonawców, zanonimizowane umowy o pracę, dowody rejestracyjne pojazdów, faktury VAT na zakup paliwa i kontenerów i certyfikaty jakości. Całość udzielonych przez Konsorcjum ENERIS wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz ze wszystkimi załącznikami została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień dołączono dokument zatytułowany „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” z dnia 4 grudnia 2023 r.

Konsorcjum ENERIS podało, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy PZP wraz z załączonymi do wyjaśnień dowodami od nr 1 do nr 9. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy PZP: nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym, że ustawa PZP odsyła wprost do definicji zawartej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ocena czy określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa odbywać się musi w świetle definicji zawartej w jej treści. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej wskazano, że użyte w polskiej wersji językowej dyrektywy pojęcia „zestawu” oraz

„zbioru” mają taki sam zakres, gdyż oznaczają „pewien zespół informacji wyłączony z całości”, co jak podkreślono „nie odpowiada innym wersjom językowym dyrektywy, które – w omawianej części definicji – posługują się dwoma różnymi kryteriami (a nie jednym kryterium opisanym za pomocą dwóch synonimicznych określeń). Użyte w nich wyrażenia należy raczej tłumaczyć jako zbiór (w znaczeniu zespołu informacji wyłączonych z całości) oraz zestawienie (w znaczeniu wzajemnego układu tych informacji względem siebie)”.

Konsorcjum ENERIS podało, że zostały spełnione wszystkie przesłanki wynikające z treści art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Treść złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami stanowi szczególne zestawienie i zbiór elementów, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, nawet jeśli poszczególne zawarte tam dane mogą być dostępne dla innych podmiotów. Zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny, a ujawnione w nich dane, w szczególności ceny paliwa, ceny skupu surowców, są wynikiem wieloletnich starań Konsorcjum i wynegocjowanych warunków, które jako takie dostępne są tylko wykonawcy (negocjowane indywidualnie). Wszelkie przedstawione zestawienia kosztów oraz dowody ich ponoszenia, a także sposób w jaki wykonawca organizuje proces odbioru i przetwarzania odbieranych odpadów komunalnych (w tym które odpady wykonawca zamierza przetworzyć samodzielnie, które przekazuje do podmiotów trzecich i na jakich zasadach, w jaki sposób dobiera instalacje do przetwarzania odpadów, organizuje proces wykonywania usługi) mają charakter organizacyjny. Informacje na temat instalacji zostały przez wykonawcę zastrzeżone również w treści oferty złożonej Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto informacje te równolegle mają dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą, a ich rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy, jako przedsiębiorstw funkcjonujących na rynku. Analiza ich treści wyraźnie pokazuje, że zawierają one cenne informacje, które potencjalnie mogłyby umożliwić przedsiębiorcom prowadzącym konkurencyjną wobec wykonawcy działalność zapoznanie się z takimi aspektami naszej działalności jak liczba i skala/wielkość usług, potencjał techniczny i organizacyjny. Wymienione informacje mają szczególnie istotną wartość gospodarczą z uwagi zaistniałą sytuację, gdy chwiejny rynek powoduje konieczność intensywnego poszukiwania optymalnych rozwiązań, a samo ich poszukiwanie stanowi *know-how* wykonawcy, przekładający się na wartość gospodarczą informacji i kondycję przedsiębiorcy.

Konsorcjum ENERIS podniosło również, że przekazane w treści wyjaśnień oraz w załącznikach do nich informacje stanowią szczegółowy opis *know-how* wykonawcy, opisując szczegółowo sposób realizacji zamówienia, który stanowi o przewadze konkurencyjnej wykonawcy. Ujawnienie danych tak wskazanych, w szczególności danych zawartych w kalkulacji powoduje ujawnienie wszystkich informacji pozwalających na zniwelowanie przewagi konkurencyjnej wykonawcy, tj. ujawnienie dostawców paliw, sposobu organizacji floty pojazdów i personelu, wynagrodzeń. Informacje dotyczą również cen skupu surowców, które są indywidualnie pozyskane przez instalację i stanowią element negocjacji handlowych. Szczegółowe założenia dotyczące ilości potrzebnego personelu, pojazdów, paliwa itp. zostały opracowane na podstawie doświadczeń wykonawcy właściwych tylko jemu. Ich ujawnienie spowoduje, że wypracowana w ten sposób przewaga, zostanie ujawniona wszystkim konkurentom, co prowadzi do poniesienia realnej straty, z utratą zamówienia włącznie.

Konsorcjum ENERIS w swoim Uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazało również, że zastrzegane informacje są bardzo szczególnie chronione przez wykonawcę, gdyż są efektem wieloletnich starań wykonawcy opartych na wypracowanym zaufaniu, które pozwalają prowadzić działalność gospodarczą z określonym, pozytywnym efektem. Wykonawca bezsprzecznie „przejawił wolę” zachowania informacji ujętych w przekazanych Zamawiającemu wyjaśnieniach, jako nierozpoznawalnej (poufnej) dla osób trzecich, podejmując w tym celu szereg działań polegających m. in. na:

- ograniczeniu kręgu podmiotów - pracowników posiadających dostęp i wgląd do wskazanych informacji,
- zobowiązaniu osób posiadających dostęp i wgląd do informacji do zachowania poufności – także po ustaniu stosunku pracy,
- ścisłej kontroli wstępu osób nieuprawnionych do pomieszczeń, w których przechowywane są dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa,
- wprowadzeniu zasad ograniczających możliwość wysyłania korespondencji e-mail przez pracowników do podmiotów trzecich zawierających dane stanowiące tajemnice wykonawcy.

Jeśli chodzi o cel ochrony informacji Konsorcjum ENERIS, to zostało wskazane, że ochrona pomysłów Konsorcjum, rozwiązań technologicznych, procesów, planów, ofert handlowych, wycen i innych informacji dotyczących firmy ma kluczowe znaczenie dla zarządzania jego działalnością, utrzymania przewagi nad konkurencją oraz spełniania wymogów prawnych. Mając świadomość jak ważnym zasobem jest informacja, Konsorcjum w taki sam sposób traktuje informacje dotyczące swoich kontrahentów, współpracowników itd. Wszystkie informacje pozyskane w ramach współpracy z

podmiotami, które deklarują współpracę w charakterze podwykonawcy, podmiotu udostępniającego potencjał, współpracownika itd. są traktowane jako poufne. Jeśli informacje te dotyczą zasad i zakresu współpracy oraz ofert cenowych, Konsorcjum uznaje, że taka informacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i zostaje ona objęta ochroną. Ujawnienie tych informacji mogłoby doprowadzić do zerwania dobrych relacji z kontrahentami, które zbudowane są na zaufaniu. Dlatego Konsorcjum wprowadza szereg obostrzeń w zakresie przetwarzania i przechowywania informacji zdobytych podczas kontaktów handlowych. Ochronie podlegają również wszelkie informacje związane ze sposobem spełnienia świadczenia i strategii, która ma na celu udoskonalanie działań w przyszłości.

W zakresie sposobu ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa pracownicy Konsorcjum zobowiązani są do ochrony poufnych informacji, w tym tajemnic handlowych, przed nieautoryzowanym ujawnieniem wewnątrz lub na zewnątrz firmy, zarówno celowym, jak i przypadkowym. Pracownicy nie mogą ujawniać żadnych poufnych informacji osobom spoza spółki bez uzyskania wyraźnej zgody. Pracownicy nie mogą dzielić się poufnymi informacjami nawet z osobami wewnątrz spółki, w zakresie większym niż to niezbędne. Pracownicy muszą znać klasyfikację informacji, które tworzą i do których mają dostęp; środki ostrożności w zakresie bezpieczeństwa, które dotyczą informacji; oraz czas przechowywania informacji oraz właściwy sposób ich usuwania. Wykonawca działa na podstawie określonych procedur opracowanych w kontekście wykonywania określonych czynności lub podejmowania działań. Zasady te dotyczą wszystkich pracowników oraz może dotyczyć osób działających w jej imieniu. Na każdym pracowniku ciąży wymóg zachowania w poufności (tajemnicy) wszelkich informacji o kluczowym znaczeniu dla pracodawcy, których ujawnienie mogłoby go narazić na szkodę, bez względu na to, czy umowa o pracę zawiera w tym zakresie postanowienia szczególne lub czy odnoszą się do tego wewnętrzne regulacje firmowe.

Konsorcjum ENERIS podsumowało swoje Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdzając, że przedstawione w treści wyjaśnień informacje mają charakter organizacyjny. Ponadto informacje te równolegle mają dla niego istotną wartość gospodarczą, zawierają w swojej treści szereg istotnych informacji stanowiących swoiste know-how wykonawcy. Ujawnienie nieuprawnionym podmiotom informacji zawartych w zastrzeżonych załącznikach mogłoby w poważny sposób narazić na szwank uzasadnione interesy ekonomiczne (gospodarcze) wykonawcy. Zasady ochrony informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązują u wszystkich członków Konsorcjum ENERIS, a Konsorcjum ENERIS wzajemnie zobowiązuje się do traktowania wszystkich informacji zawartych w zastrzeżonych załącznikach jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Załącznik do Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowił dokument z dnia 17 maja 2021 r. zatytułowany: „Procedura Ochrony Tajemnicy Przedsiębiorstwa w Spółce Grupy ENERIS”.

Następnie w dniu 14 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę złożoną przez Konsorcjum ENERIS, której przyznał 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez wykonawcę M. i uznała, że zarzuty podniesione w odwołaniu są zasadne, wobec czego odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołania:

W pierwszym z zarzutów odwołania wykonawca M. zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

- art. 18 ust. 1 ustawy PZP, według którego postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne,
- art. 18 ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie,
- art. 18 ust. 3 ustawy PZP, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5,
- art. 74 ust. 2 ustawy PZP, który stanowi, że 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 art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków – przy czym nie udostępnia się informacji, które

mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu,

– art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub

w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów odwołania, wskazującego na naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba podkreśla, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma podstawowe znaczenie dla systemu zamówień publicznych w Polsce. Z prawem każdego wykonawcy do dostępu do informacji o toczącym się postępowaniu skorelowany jest obowiązek instytucji zamawiającej zagwarantowania, aby wykonawcy na każdym etapie postępowania mieli możliwość wglądu do interesujących ich informacji i dokumentów dotyczących zamówienia publicznego. Wszelkie ograniczenia jawności postępowania mogą wystąpić zatem jedynie w wyjątkowych i uzasadnionych sytuacjach wynikających z przepisów prawa. Każdy wykonawca, skoro decyduje się na wzięcie udziału w przetargu publicznym i złożenie oferty, powinien mieć na uwadze, że będzie musiał przedstawić w składanej dokumentacji pewne cenne gospodarczo dla siebie informacje. Choć przepisy prawa zapewniają przedsiębiorcom ochronę wrażliwych dla nich z gospodarczego punktu widzenia informacji przed nieuprawnionym ujawnieniem, to jednak przedsiębiorcy powinni wykazać, że zostały spełnione wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki do zachowania takich informacji w poufności jako tajemnica ich przedsiębiorstwa. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to na zainteresowanym przedsiębiorcy spoczywa obowiązek udowodnienia Zamawiającemu, że przedstawiane informacje dotyczące funkcjonowania jego firmy na rynku, których niejawność zastrzega, posiadają dla niego wartość gospodarczą, a przy tym nie mają one powszechnego charakteru i nie jest łatwo powziąć o nich wiedzę, a on sam podjął odpowiednie działania, aby utrzymać je w poufności. Przedsiębiorca dążąc do utajnienia pewnych swoich informacji i dokumentów powinien zgodnie z regulacją art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego wykazać się odpowiednim poziomem staranności, uwzględniającym zawodowy charakter jego działalności, albowiem skoro tajemnica przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to wynikające z treści art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki jej zastrzeżenia powinny być interpretowane w sposób ścisły.

W ocenie Izby Zamawiający w niniejszej sprawie naruszył przepisy prawa przywołane przez wykonawcę M. w początkowej części jego odwołania, albowiem nie zbadał dostatecznie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Konsorcjum ENERIS w odniesieniu do złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentów. O ile, choć nie bez zastrzeżeń, można przyjąć, że Konsorcjum ENERIS posiada odpowiednią wewnętrzną procedurę dotyczącą utajniania pewnych wrażliwych dla członków jego grupy kapitałowej dokumentów i informacji oraz że takie dokumenty i informacje z natury rzeczy nie są zasadniczo łatwo dostępne dla innych podmiotów gospodarczych i nie są powszechnie znane, to jednakże nie można stwierdzić, że dane zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i załącznikach do tych wyjaśnień, które poprzez złożenie zastrzeżenia utajniło Konsorcjum ENERIS, posiadają wartość gospodarczą.

Po pierwsze Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że praktykę zastrzegania jako tajemnica przedsiębiorstwa całych wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy uznać za praktykę nieprawidłową, albowiem z reguły da się wyodrębnić w utajnianym dokumencie tą część, która powinna podlegać szczególnej ochronie. Izba podziela pogląd Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażony w wyroku z dnia 1 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym Sąd Okręgowy w Warszawie wyraźnie stwierdził, że taka praktyka jest nie tylko sprzeczna z przepisami ustawy PZP, ale również utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów co do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie. W ocenie Izby zatem Konsorcjum ENERIS powinno było wyodrębnić zarówno z wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2023 r., jak i z dołączonych do niego dokumentów, takie newralgiczne informacje dotyczące jego funkcjonowania na rynku, oddzielnie opisać każdą taką informację i wykazać w odniesieniu do każdej z nich, że zostały spełnione przesłanki do uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa. Dzięki temu można by przypisać konkretne argumenty na uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do konkretnej informacji, a następnie dokonać sprawdzenia czy tak sformułowane zastrzeżenie odpowiada ustawowym przesłankom i czy jest skuteczne.

Po drugie w przedmiotowej sprawie w ocenie Izby Konsorcjum ENERIS nie wykazało, że informacje przedstawione w ich odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny i w dokumentach załączonych

do wyjaśnień posiadają dla niego wartość organizacyjną i zarazem wartość gospodarczą i pozwoliły mu uzyskać przewagę nad konkurentami na rynku. Jednocześnie Konsorcjum ENERIS nie wyjaśniło, czym konkretnie upatruje ono zagrożenia dla swoich interesów majątkowych i możliwości poniesienia szkody w razie upublicznienia tych informacji. Należy stwierdzić, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 11 ust. 2 określa, że wartość gospodarczą mogą posiadać m. in. informacje o charakterze technicznym, technologicznym i organizacyjnym przedsiębiorstwa lub ewentualnie także inne niż wymienione kategorie informacji. Konsorcjum ENERIS w złożonym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wskazało na informacje dotyczące aspektu organizacyjnego jego przedsiębiorstwa takie jak: a) ceny paliwa i ceny skupu surowców, które miały być wynikiem wieloletnich starań Konsorcjum i wynegocjowanych warunków, b) zestawienia kosztów oraz dowody ich ponoszenia, a także c) sposób zorganizowania procesu odbioru i przetwarzania odpadów komunalnych (np. które kategorie odpadów Konsorcjum zamierza przetworzyć samodzielnie, a które przekazuje do podmiotów trzecich i na jakich zasadach, w jaki sposób dobiera instalacje do przetwarzania odpadów i organizuje proces wykonywania usługi). Konsorcjum dodało, że informacje te są dla niego cenne, ponieważ potencjalnie mogłyby umożliwić przedsiębiorcom prowadzącym działalność konkurencyjną zapoznanie się z takimi aspektami jego działalności jak liczba oraz skala / wielkość usług, potencjał techniczny i organizacyjny, a tym samym zniwelować jego przewagę konkurencyjną poprzez ujawnienie dostawców paliw, sposób organizacji floty pojazdów i personelu czy strukturę wynagrodzeń. Konsorcjum ENERIS podkreśliło, że zastrzegane informacje dotyczą cen skupu surowców, które są indywidualnie pozyskane przez instalację i są elementem negocjacji handlowych. Natomiast szczegółowe założenia dotyczące ilości potrzebnego personelu, pojazdów, paliwa zostały przez niego opracowane na podstawie indywidualnych doświadczeń i ich ujawnienie spowoduje, że wypracowana w ten sposób przewaga zostanie upubliczniona dla wszystkich konkurentów, co doprowadzi do poniesienia realnej straty, w tym utratę zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że tak sformułowane przez Konsorcjum ENERIS zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest bardzo ogólne i w zasadzie można odnieść je do każdego przedsiębiorcy trudniącego się zagospodarowywaniem odpadów komunalnych. Nie zostały zaprezentowane bardziej szczegółowe dane, który mogłyby wskazywać na unikalność lub też niepowtarzalność informacji i dokumentów utajnionych przez Konsorcjum. Nie sposób bowiem stwierdzić, aby załączona do wyjaśnień szczegółowa kalkulacja kosztów cechowała się aż taką wyjątkowością, że inni wykonawcy operujący w tym samym segmencie rynku i od wielu lat konkurujący z wykonawcami wchodzącymi w skład Konsorcjum ENERIS nie byłoby w stanie samodzielnie opracować podobnej kalkulacji. Nie zostało w żaden sposób wykazane, iż wartości liczbowe wskazane w treści kalkulacji są wynikiem wyjątkowo niskich cen wynegocjowanych u dostawców i usługodawców współpracujących z podmiotami należącymi do grupy kapitałowej ENERIS. Choć z Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum ENERIS wyłania się obraz, że jego sposób zorganizowania całego procesu odbioru i przetwarzania odpadów komunalnych jako rezultat wieloletniego doświadczenia jest wyjątkowy i właściwy tylko dla niego, to poza ogólnikowymi stwierdzeniami nie podało żadnych konkretnych informacji mogących czynić je wiarygodnymi. Jeśli chodzi o tak akcentowaną przez Konsorcjum ENERIS wartość gospodarczą dokumentów załączonych do jego wyjaśnień rażąco niskiej ceny to należy zauważyć, że tymi dokumentami są m. in. oferty od kontrahentów i podwykonawców, z których treści wynika, że zostały skierowane do ogółu a nie konkretnie do członków Konsorcjum, czy faktury zakupowe VAT dokumentujące nabycie hurtowych ilości paliwa oraz różnego rodzaju sprzętu ponad 2 – 3 lata temu. W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy tego rodzaju typowym w obrocie gospodarczym dokumentom, podobnie jak również dowodom rejestracyjnym pojazdów czy certyfikatом jakości wystawionym przez inne podmioty, nie można w sposób automatyczny przypisać statusu informacji o charakterze organizacyjnym, posiadającej walor istotnej wartości gospodarczej, która podlega szczególnej ochronie. Natomiast z argumentacji Konsorcjum ENERIS nie wynika, aby zastrzegane informacje obiektywnie miały taką wartość.

Jeśli chodzi o działania podjęte przez Konsorcjum ENERIS w celu zachowania poufności informacji posiadających dla niego wartość gospodarczą, to Izba uznała, że wykonawcy będący członkami Konsorcjum i zarazem należący do Grupy ENERIS posiadają odpowiednie wewnętrzne procedury służące ochronie wrażliwych i cennych gospodarczo informacji. Konsorcjum ENERIS załączyło do swoich wyjaśnień dokument przyjęty przez przedsiębiorców należących do grupy kapitałowej w dniu 17 maja 2021 r. o tytule: „Procedura Ochrony Tajemnicy Przedsiębiorstwa w Spółce Grupy ENERIS”. Dokument ten został wprowadzony celem ustanowienia i utrzymywania tajemnicy przedsiębiorstwa w spółce oraz zapewnienia wysokiego poziomu ochrony aktywów gospodarczych. Określa on zasady zapewnienia właściwego zabezpieczenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wszystkich spółkach w Grupie ENERIS. Zgodnie z § 5 ust. 1 tej Procedury informację klasyfikuje się jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli jej nieuprawnione ujawnienie, naruszenie dostępności lub integralności może spowodować poważną szkodę dla Grupy ENERIS lub poszczególnych spółek, w szczególności poprzez skutki prawne, wizerunkowe, organizacyjne lub poważne straty finansowe. Klasyfikowanie informacji uregulowane zostało w § 6 Procedury i według tej regulacji informacje w Grupie ENERIS klasyfikuje się jako ENERIS tajne – decyzję o tym podejmuje Przewodniczący Rady Nadzorczej Grupy ENERIS, natomiast o zaliczeniu

informacji do kategorii ENERIS tajne podejmuje Zarząd Spółki poprzez wskazanie kategorii informacji w Wykazie. Procedura określa również zasady ochrony fizycznej tajemnicy przedsiębiorstwa (§ 12) oraz jej bezpieczeństwa teleinformatycznego (§ 14). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej istnienie i funkcjonowanie takiego zbioru określającego zasady i normy odnoszące się do sposobu postępowania z tajemnicą przedsiębiorstwa świadczy, iż wykonawcy należący do Grupy ENERIS podejmują odpowiednie działania w celu zachowania w poufności informacji gospodarczych ważnych dla całej grupy kapitałowej, niemniej wątpliwości wzbudza okoliczność, że Konsorcjum ENERIS nie wykazało, czy kategorie informacji przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i załącznikach do tych wyjaśnień zostały zaliczone do jednej z kategorii informacji obligujących do utajnienia ich przez Przewodniczącą Rady Nadzorczej Grupy ENERIS lub Zarząd Spółki. Nie można mieć pewności, czy wszystkie informacje utajnione w postępowaniu przez Konsorcjum ENERIS są rzeczywiście tajne lub poufne, skoro z dokumentacji znajdującej się w aktach tego postępowania nie wynika, aby którykolwiek z załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny został opatrzony stosowną klauzulą. Jedynie jeden z załączników – „Szczegółowa kalkulacja kosztów” został opisany w nagłówku jako „Tajemnica Przedsiębiorstwa”, czyli w sposób odbiegający od zasad ustalonych w Grupie ENERISW odniesieniu do ustawowej przesłanki braku powszechności i łatwego dostępu do zastrzeżonych informacji to choć Izba uznała, że została ona co do zasady wykazana przez Konsorcjum ENERIS, to jednakże nie jest możliwe uznanie tego wobec wszystkich utajnionych przez Konsorcjum dokumentów, w szczególności odnosi się to do wydruków ofert kontrahentów skierowanych do ogółu, dowodów zakupu towarów po cenach hurtowych czy posiadanych certyfikatów jakości. W ocenie Izby tego rodzaju dokumenty zawierają powszechnie, a tym samym dosyć łatwo dostępne informacje.

Co się tyczy argumentacji Odwołującego upatrującej braku skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum ENERIS z uwagi na brak przynależności członka Konsorcjum – wykonawcy ZGOK do Grupy ENERIS, jest to argumentacja chybiona, albowiem z wpisów w Krajowym Rejestrze Sądowym (KRS nr 125522) wynika, że ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rusku posiada większościowy pakiet udziałów w spółce ZGOK. Obie spółki należą zatem do tej samej grupy kapitałowej.

Uwzględnienie pierwszego z zarzutów odwołania prowadzi więc do nakazania instytucji zamawiającej odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i wszystkich załączników do wyjaśnień oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu – ma to bowiem istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Dzięki zaznajomieniu się z treścią odtajnionych wyjaśnień i załączonymi do nich dokumentami zainteresowany wykonawca może dalej próbować uzyskać przedmiotowe zamówienie oraz kwestionować wybór oferty jego konkurenta i zaniechanie jej odrzucenia.

Mając powyższe na uwadze zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba uznała za uzasadniony.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania:

W drugim z zarzutów odwołania wykonawca M. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 16 pkt 1 ustawy PZP, który stwierdza, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- art. 17 ust. 2 ustawy PZP, który stwierdza, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
- art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Uwzględnienie przez Izbę zarzutu nr 2 odwołania jest konsekwencją uznania za zasadny pierwszego z zarzutów odwołania dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum ENERIS z dnia 5 grudnia 2023 r. w sprawie rażąco niskiej ceny razem ze wszystkimi załącznikami do tych wyjaśnień. Z racji tego, że utrzymanie przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Konsorcjum ENERIS było wadliwe, to sam wybór oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu należy uznać za przedwczesny, a przy tym dokonany z naruszeniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 i art. 18 ust. 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-

576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Krajowa Izba Odwoławcza zasądziła od Zamawiającego na rzecz wykonawcy M. zwrot kosztów postępowania w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), na który składał się uiszczony wpis od odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....