Sygn. akt: KIO 1599/23

WYROK
z dnia 30 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 20 i 27 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MS-EKO sp. z o.o., EKO-MAX Recykling sp. z o.o. oraz M.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD KSZTAŁTOWANIA TERENÓW ZIELONYCH M.W. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Nieporęt,

przy udziale wykonawcy D.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner D.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w załączniku do Formularza ofertowego – wykazie instalacji pn. „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – Wykaz instalacji".
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1599/23

Uzasadnienie

Gmina Nieporęt (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Nieporęt oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Nieporęcie" (Nr referencyjny: ZF.271.15.2023, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 31 marca 2023 r. pod numerem: 2023/S 065-190107.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

5 czerwca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MS-EKO sp. z o.o., EKO-MAX Recykling sp. z o.o. oraz M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD KSZTAŁTOWANIA TERENÓW ZIELONYCH M.W. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący" oraz „MS-EKO") wnieśli odwołanie wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu pełnej treści oferty wykonawcy D.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner D.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Partner"), obejmującej Formularz ofertowy wraz z załącznikiem obejmującym wykaz instalacji (i podmiotów zbierających, do których będą przekazywane odpady odbierane w ramach niniejszego Postępowania), zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2519 ze zm., dalej: „u.u.c.p.g."). Wykaz ten został przez wykonawcę Partner bezzasadnie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa i przeniesiony do odrębnego załącznika oznaczonego – zgodnie z informacją w Formularzu ofertowym – pn. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA - wykaz instalacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k.") w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm., dalej: „k.c.") w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu pełnej treści Formularza ofertowego Partner wraz z załącznikiem tj. wraz z wymaganym w Formularzu ofertowym wykazem instalacji (i podmiotów zbierających, do których będą przekazywane odpady odbierane w ramach niniejszego Postępowania), do których będą przekazywane odpady odbierane w ramach niniejszego Postępowania, zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.u.c.p.g., pomimo że informacje w wyżej wymienionym zakresie zostały bezzasadnie zastrzeżone przez Partner jako tajemnica przedsiębiorstwa, co skutkuje naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami oraz nadużyciem prawa przez Partner.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia MS-EKO oferty złożonej przez Partner w całości, tj. wraz z załącznikiem do Formularza ofertowego - wykazem instalacji (i podmiotów zbierających, do których będą przekazywane odpady odbierane w ramach niniejszego Postępowania), do których będą przekazywane odpady odbierane w ramach niniejszego Postępowania, zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.u.c.p.g., który przez wykonawcę Partner został bezzasadnie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa i przeniesiony do odrębnego załącznika pn. „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA - wykaz instalacji".

W uzasadnieniu zarzutów odwołania MS-EKO wskazał, że Gmina Nieporęt przekazując mu w dniu 9 maja 2022 r. ofertę Partner, nie przekazała dokumentu wskazanego w Formularzu ofertowym Partner jako „załącznik pn. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA - wykaz instalacji". Kolejno w piśmie z 24 maja 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że zastrzeżenie wykazu instalacji przez Partner jako tajemnicy przedsiębiorstwa uznaje za zasadne (poinformował zatem o wynikach swojej oceny) i odmówił jego udostępnienia.

Zdaniem Odwołującego stanowisko i ocena Zamawiającego są całkowicie chybione, gdyż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wyżej wymienionego wykazu instalacji/podmiotów zbierających (Zastrzeżonego wykazu instalacji) narusza przepisy ustawy Pzp, zatem i zaniechanie udostępnienia MS-EKO tego wykazu narusza przepisy ustawy Pzp. Zastrzeżenie powyższe narusza także przepisy k.c., ponieważ stanowi nadużycie prawa podmiotowego ze strony Partner.

Odwołujący powołując się na treść art. 18 ustawy Pzp podniósł, że w celu skutecznego zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest te informacje w chwili ich przekazania zamawiającemu jednocześnie zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. MS-EKO zaznaczył, że konieczność takiego jednoczesnego zastrzeżenia i wykazania przesłanek zastrzeżenia tajemnicy od lat i jednolicie podkreślana jest również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO"), np. w wyroku o sygn. akt KIO 720/21. Ze względu na priorytetową dla prowadzenia postępowania zasadę jawności, KIO stoi jednoznacznie na stanowisku, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego – a zwłaszcza ogólnikowego – uzasadnienia, ale także nie budzącego wątpliwości wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa. Przykładowo w wyroku KIO o sygn. akt KIO 297/13 wskazano, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione; samo zaś złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom na dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań, pozwalających na zachowanie poufności tych informacji, co prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji, w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanych im informacji.

Nadto Odwołujący wskazał, że samo wykazanie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa musi być zgodne z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Z owej regulacji wynika, że dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest wykazanie statusu (rodzaju) informacji, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich wartości gospodarczej, jak również ich poufnego charakteru. Z powszechnie przyjętej i jednolitej na gruncie zamówień publicznych interpretacji tego przepisu zaś – że owo wykazanie nie może być jedynie ogólne, a szczególnie: ogólnikowe – lecz konkretne i nie budzące wątpliwości, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa. Tymczasem – w ocenie MS-EKO – Partner nie podołał obowiązkowi takiego wykazania, a tym samym dokonane przez niego zastrzeżenie nie jest skuteczne. Zamawiający z kolei nie wykonał prawidłowo swojego obowiązku weryfikacji i oceny tego zastrzeżenia, wynikającego wyraźnie nie tylko z przywołanej praktyki oraz orzecznictwa KIO i sądów okręgowych, ale także z uchwały

Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. III CZP 74/05) oraz z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21, w którym wskazano, że zamawiający musi zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działać w sposób przejrzysty, a także postępować zgodnie z zasadami dobrej administracji. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie może więc bezkrytycznie przyjmować każdego dokonanego zastrzeżenia każdej rzekomej tajemnicy, lecz musi dokonać własnego badania i oceny, czy zastrzeżone informacje rzeczywiście takie cechy posiadają, przy czym co do zasady utajniane nie mogą być informacje o charakterze jednorazowym, służące do sporządzenia tej jednej, konkretnej oferty, a decyzja zamawiającego nie może uniemożliwiać konkurentom korzystania ze środków ochrony prawnej – co ma miejsce w tym Postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Gmina Nieporęt bezkrytycznie przyjęła zastrzeżenie dokonane przez wykonawcę Partner, pomimo że nie spełnia ono wymogów ustawowych i w żaden sposób nie wykazuje zasadności dokonanego zastrzeżenia, jest jedynie pozornie rzeczowe bardzo ogólne, nie odnosi się do poszczególnych informacji i dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień.

Odnośnie instalacji MS-EKO zaznaczył, że zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.u.c.p.g. zamawiający określa w dokumentach zamówienia instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów lub zobowiązuje wykonawców do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Podobnie w art. 6f ust. 1a pkt 5 u.u.c.p.g. przewidziano, że umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w części dotyczącej odbierania odpadów określa w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Odwołujący podkreślił, że w u.u.c.p.g. wskazane jest więc *explicite*, że w ofertach wykonawców, a następnie w umowie powinny być wskazane instalacje do zagospodarowania odpadów – nie może zatem stanowić to informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. MS-EKO podniósł, że fakt istnienia poszczególnych instalacji i zakres kodów odpadów, które przyjmują, jak i ich cenniki, są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem działalności, ewentualnie łatwe do pozyskania poprzez strony internetowe tych instalacji. Co więcej, instalacje komunalne (przetwarzające odpady zmieszane) znajdują się na listach funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów, o których mowa w art. 35 ust. 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 699 ze zm., dalej: „u.o.") prowadzonych przez marszałka województwa w Biuletynie Informacji Publicznej. Informacje o posiadanych przez poszczególne instalacje oraz podmioty zbierające uprawnieniach i decyzjach są zawarte w publicznej bazie BDO. Ponadto informacje w tym zakresie mogą być pozyskane przez każdego w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 902, dalej: „u.d.i.p.") oraz na podstawie ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1094 ze zm., dalej: „u.u.i.s."). Od podmiotu żądającego informacji o środowisku i jego ochronie nie wymaga się wykazania interesu prawnego lub faktycznego. Zgodnie z art. 25 ust. 1 u.u.i.s. w Biuletynie Informacji Publicznej marszałka lub starosty są udostępniane m.in. decyzje udzielające lub zmieniające pozwolenia zintegrowane, o których mowa w art. 181 ust. 1 pkt 1 ustawy 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm., dalej: „u.p.o.s."). W przypadku gmin zgodnie z art. 9n u.u.c.p.g. podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do sporządzania rocznych sprawozdań przekazywanych wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta w terminie do dnia 31 stycznia za poprzedni rok kalendarzowy, które zawierają m.in. informacje o masie poszczególnych rodzajów odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych oraz sposobie zagospodarowania tych odpadów, wraz ze wskazaniem nazwy i adresu instalacji, do których zostały one przekazane, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych i pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, powstałych z odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych, przekazanych do składowania albo do termicznego przekształcania, odpadów komunalnych przekazanych do przygotowania do ponownego użycia i recyklingu. Tym samym pełna informacja o sposobie gospodarowania odpadami z podaniem sposobu i miejsc ich zagospodarowania podawana jest w sprawozdaniu rocznym. Obowiązki sprawozdawcze mają także inne podmioty wskazane w u.u.c.p.g. Sprawozdanie te mają charakter informacji publicznej i informacje w nich zawarte mogą być pozyskane w tym trybie oraz w trybie dostępu do informacji o środowisku. Ponadto zgodnie z art. 9tb u.u.c.p.g. sporządzana jest roczna analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi – na podstawie sprawozdań złożonych przez podmioty odbierające odpady komunalne od

właścicieli nieruchomości, podmioty prowadzące punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych, punkty zbierające odpady komunalne, informacji przekazanych przez prowadzących instalacje komunalne oraz na podstawie rocznego sprawozdania z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi oraz innych dostępnych danych o czynnikach wpływających na koszty systemu gospodarowania odpadami komunalnymi obejmującą w szczególności możliwości przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, bioodpadów stanowiących odpady komunalne oraz przeznaczonych do składowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych i pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych. Tym samym dane dotyczące miejsc przetwarzania tych rodzajów odpadów obligatoryjnie znajdują się w wyżej wymienionej analizie lub powinny się tam znajdować. Z kolei zgodnie z art. 9tb ust. 3 u.u.c.p.g. analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi podlega publicznemu udostępnieniu na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej urzędu gminy. Każdy ma zatem dostęp do tych danych. Nadto obowiązkowa ewidencja gospodarki odpadami także wymaga wskazywania miejsc zagospodarowania odpadów (por. np. art. 66 u.o.).

Odwołujący podniósł, że z powyższych względów powszechną praktyką jest wskazywanie informacji o instalacjach, do których odpady poszczególnych frakcji będą przekazywane w celu ich zagospodarowania, w jawnych częściach ofert wykonawców, a na etapie wykonania umowy – w kartach przekazania odpadów, w sprawozdaniach, raportach itp.; dla mieszkańców gminy powinny też stanowić informację publiczną w rozumieniu u.d.i.p. Zatem – jak podkreślił MS-EKO – po upływie terminu składania i otwarcia ofert, z założenia nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, która, w tym zakresie ze swojej istoty nie może być tymczasowa, a jej zastrzeżenie nie może jedynie powodować czasowego braku dostępu konkurentów do informacji i mieć jedynie na celu uniemożliwienia weryfikacji złożonej oferty pod względem jej zgodności z prawem, w tym przepisami ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący wskazał, że uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę Parter nie wykazuje wszystkich obligatoryjnych przesłanek zastrzeżenia, w szczególności wskazanego braku łatwej dostępności do nich dla osób zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, ich poufnego charakteru, jak również wartości gospodarczej. Uzasadnienie jakie przedstawił to w rzeczywistości ogólniki i frazesy, pomimo ich obszerności i pozornie rzeczowego charakteru. Jak wskazano powyżej, informacje o instalacjach oraz podmiotach zbierających są przekazywane organom publicznym, dostępność do nich jest regulowana przepisami prawa, które regulują także obowiązki publikacyjne gmin oraz ustanawiają jawność informacji o środowisku jako zasadę. MS-EKO podniósł, że Gmina Nieporęt będzie zatem miała obowiązek ujawnić miejsca gospodarowania odpadami, realizując własne obowiązki sprawozdawcze i analityczne oraz udostępniając informacje na wniosek o informację publiczną oraz informację o środowisku. Wyłącza to tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ Partner nie ma prawnej możliwości utrzymania poufnego charakteru tych informacji.

Zdaniem MS-EKO wykonawca Partner nie wykazał poufności zastrzeganych informacji, tj. brak łatwego dostępu do nich w sposób przewidziany przepisami prawa nie tylko przez osoby zajmujące się takimi informacjami, ale generalnie przez każdego z uwagi na charakter tych informacji (informacje o środowisku). Nie wykazał zatem, że środki, jakie podejmuje w celu utrzymania ich w poufności, istotnie powodują, że taka poufność może zostać zachowana. Odwołujący podniósł, że powyższe okoliczności związane z uwarunkowaniami prawnymi dostępności zastrzeganych informacji w ogóle nie zostały wykazane przez wykonawcę Partner, a Zamawiający powyższe pominięcie przyjął całkowicie bezkrytycznie, pomimo że w sposób oczywisty taką wiedzę posiada. Jest bowiem podmiotem, który sam musi takie informacje udostępniać. Odmawiając odtajnienia wykazu instalacji w dniu 24 maja 2023 r., Gmina Nieporęt działała zatem bez koniecznej rzeczowej analizy zastrzeganych informacji i wykazania spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Ponadto MS-EKO podkreślił, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzone przez wykonawcę Partner jest pełne ogólników i nie wykazuje rzeczywistej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wbrew stanowisku wykonawcy Partner jednorazowy charakter tych informacji uniemożliwia przypisanie im wartości gospodarczej, ponieważ ujawnienie tych informacji pozostaje bez wpływu na jego pozycję konkurencyjną na rynku, ani nie powoduje jakiegokolwiek przysporzenia po stronie podmiotów konkurencyjnych. Określone instalacje dobiera się do zakresu przedmiotowego danego postępowania i nie ma w tym żadnego szczególnego *know how.* Taki dobór następuje w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ musi nastąpić dopasowanie oferty do wymagań zamówienia. Okoliczność, że wykonawca Partner w postępowaniach o udzielenie zamówienia utajnia co do zasady wykaz instalacji wymagany zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.u.c.p.g. nie uzasadnia wartości gospodarczej tych informacji ani ich poufności, a co najwyżej dowodzi, że przyjął on model występowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nakierowany na utrudnienie innym wykonawcom weryfikacji jego oferty i składania skutecznych środków ochrony prawnej, licząc, że zamawiający nie będą odtajniać jego ofert w wyżej wymienionym zakresie. Odwołujący zaznaczył, że Partner przecież w żaden sposób nie dowiódł, że zastrzegane przez niego informacje mają jakkolwiek charakter powtarzalny i że ta powtarzalność wynika z indywidualnie dostępnych mu uwarunkowań organizacyjnych i logistycznych godnych ochrony, ponieważ ich ujawnienie naraziłoby na pogorszenie jego sytuacji konkurencyjnej. Twierdzenia w tym zakresie zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są

ogólnikami nie noszącymi żadnej rzeczowej treści.

Co więcej, Odwołujący nie zgodził się także z twierdzeniami, że nabyta w ten sposób wiedza pozwala na zapoznanie się z zasadami ustalania cen usług wykonawcy Partner czy strategią budowania tej ceny. Ceny usługi dotyczące odbioru i zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów lub grup odpadów wynikają z formularza cenowego i na podstawie art. 222 ust. 5 ustawy Pzp nie mogą być zastrzeżone i zastrzeżone nie zostały. Z kolei ustalenie poszczególnych składników cenowych w przetargu na odbiór odpadów i ich zagospodarowanie wymagałoby znajomości znacznie większej liczby zmiennych kosztowych niż tylko wykaz instalacji, ponieważ w tabeli kosztowej cena ujęta jest globalnie za odbiór i zagospodarowanie odpadów, bez wydzielania kosztów odbioru i kosztów zagospodarowania. Co więcej, w warunkach przedmiotowego postępowania, znaczna część kodów odpadów została ujęta w grupach obejmujących kilka, a nawet kilkanaście kodów odpadów, co tym bardziej nie daje możliwości uzyskania wiedzy o szczegółach strategii budowania ceny przez wykonawcę jedynie w oparciu o znajomość wykazu instalacji. Znajomość wykazu instalacji nie daje także żadnej wiedzy o rabatach otrzymanych od podmiotów prowadzących instalacje na zagospodarowanie odpadów, ponieważ wymagałoby to znajomości innych elementów kosztotwórczych ceny oferty, w tym zaplanowanego sposobu realizacji zamówienia (np. koszty ewentualnego przeładunku i sposobu ich rozliczania), znajomości szczególnych uwarunkowań danego wykonawcy, czy przyjętych przez niego założeń kalkulacyjnych (np. w zakresie ilości poszczególnych rodzajów odpadów, możliwości uzyskania przychodów ze sprzedaży surowców wtórnych, zysku itp.). Takie informacje nie wynikają z samej znajomości wykazu instalacji. Ponadto wykaz instalacji najczęściej obejmuje po kilka instalacji dla danego kodu odpadu oraz nigdy nie wskazuje podziału ilościowego pomiędzy instalacjami (ile odpadów danego rodzaju przyjmie konkretna instalacja), stąd znajomość wykazu instalacji nie wystarczy dla pozyskania informacji kosztowych, które mogłyby naruszyć pozycję konkurencyjną danego wykonawcy na rynku. Pozwala natomiast ocenić, czy instalacja wskazana w wykazie instalacji w danym postępowaniu posiada stosowne uprawnienia, odpowiednie moce przerobowe dla realizacji zamówienia oraz czy przyjęta cena ma racjonalne uzasadnienie, biorąc pod uwagę cenniki dostępne w domenie publicznej, jej umiejscowienie oraz zamierzony sposób realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił, że niechęć do jakiejkolwiek weryfikacji ofert i kalkulacji kosztów przez konkurentów nie uzasadnia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które tego charakteru nie mają. Za całkowicie ogólnikowe należy zatem uznać stwierdzenia zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy: „Informacje w tym zakresie wskazują na zakres kontaktów handlowych i przyjętą strategię budowania oferty rynkowej Wykonawcy, wskazując jednocześnie pośrednio na zakres kontaktów i potencjału posiadanego przez dany podmiot". Odwołujący podniósł, że żadnej wiedzy o strategii budowania ceny ani potencjale na podstawie znajomości wykazu instalacji nie można ustalić. Ponadto wiedza o potencjale, jakkolwiek rozumieć to określenie, wynika często z domeny publicznej, np. sami wykonawcy, w tym Partner, przedstawiają publicznie informacje o swoim potencjale. Z kolei potencjał rozumiany jako posiadanie własnej instalacji czy dysponowanie stacją przeładunkową wynika z informacji powszechnie znanych oraz dodatkowo dostępnych w BDO i publikowanych przez stosowne organy publiczne w ramach jawności informacji o środowisku. Np. jest wiedzą powszechną, że Partner nie posiada uprawnień do przetwarzania odpadów, zatem ten rodzaj potencjału nie jest dla niego dostępny. MS-EKO podkreślił, że Partner twierdzi, iż „Ujawnienie tych informacji niesie więc za sobą ryzyko przejęcia kontaktów biznesowych przez konkurencję, wzmożoną na rynku usług objętych przedmiotowym Postępowaniem. Wykonawca oświadcza przy tym, że praktyki tego rodzaju miały już uprzednio miejsce stąd w pełni zasadna jest ochrona danych zawartych w Wykazie". Jest to jednak stwierdzenie całkowicie ogólnikowe i pozbawione merytorycznej doniosłości, ponieważ wykonawcy na rynku gospodarki odpadami mają podobną wiedzę o funkcjonujących instalacjach. Listy funkcjonujących instalacji komunalnych, do których istnieje obowiązek przekazania odpadów zmieszanych, są publikowane przez marszałków województwa, a wiedza o innych instalacjach też jest powszechnie dostępna, zwłaszcza wśród osób zajmujących się gospodarką odpadami. Przyjmowanie odpadów przez instalacje oparte jest na posiadanych mocach przerobowych i ich dostępności. Z kolei warunki świadczenia usług, w tym ceny i polityka rabatowa musi pozostawać w zgodzie z przepisami prawa. Odwołujący podniósł, że z uzasadnienia zastrzeżenia nie wynika zatem, co oznacza w takich warunkach przejęcie kontraktów biznesowych przez konkurencję. MS-EKO podkreślił, że wiedza o tym jaka instalacja jest w wykazie, nie jest tożsama z wiedzą, po jakiej cenie zobowiązała się ona przetwarzać odpady.

Nadto Odwołujący wskazał, że za zupełnie dowolną należy uznać wycenę wartości gospodarczej zastrzeganych informacji na 2 000 000 zł dokonaną przez wykonawcę Partner. Partner w żaden sposób nie wykazał, że w ogóle w zawieranych przez niego umowach przewidziane są jakiekolwiek kary umowne za ujawnienie informacji o miejscu przetwarzania odpadów. W ocenie MS-EKO biorąc pod uwagę obowiązki ewidencyjne (obowiązek wskazania miejsca przetwarzania odpadów w KPO) oraz sprawozdawcze wydaje się to mało prawdopodobne. Kolejno Odwołujący podkreślił, że klauzule umowne o poufności nie mogą skutecznie ograniczać ani pozostawać w sprzeczności z przepisami prawa ani zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Twierdzenia, że ujawnienie listy instalacji miałoby skutkować presją rabatową na partnerów należy także uznać za całkowicie gołosłowne.

Zarządzający instalacjami prowadzą własną politykę handlową, która musi być zgodna z obowiązującymi przepisami, w tym dotyczącymi uczciwej konkurencji. Ramy prawne prowadzenia działalności są takie same niezależnie od tego, czy wiedza o tym jest dostępna publicznie czy nie. Ponadto cenniki są publikowane często na stronach internetowych lub możliwe do uzyskania na zapytanie, zatem wiedza o stosowanych cenach nie ma charakteru poufnego i jest do niej łatwy dostęp. Mając na uwadze powyższe – zdaniem MS-EKO – argumenty wykonawcy Partner są zatem jedynie pozornie rzeczowe.

W złożonej pismem z 16 czerwca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp, w szczególności nie zaistniała podstawa wskazana w pkt 3 wyżej wymienionego przepisu. Izba ustaliła, że 9 maja 2023 r. Odwołujący – w odpowiedzi na wniosek z dnia 8 maja 2023 r. o udostępnienie ofert oraz innych dokumentów – otrzymał drogą mailową oferty wykonawców biorących udział w Postępowaniu, w tym ofertę wykonawcy Partner z wyłączeniem załącznika do Formularza ofertowego – wykazu instalacji pn. „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Wykaz instalacji" oraz załączników do pisma pn. „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem". Treść rzeczonej wiadomości mailowej ograniczała się do stwierdzenia „W załączeniu znajdują się oferty wykonawców (poza ofertą Wnioskodawcy), biorących udział w postępowaniu przetargowym nr ZF.271.15.2023". W wyżej wymienionym mailu brak było jakiejkolwiek dalszej korespondencji, w szczególności Zamawiający nie dołączył żadnego pisma odnoszącego się do udostępnianych dokumentów, z którego wynikałoby m.in. że Gmina Nieporęt dokonała już oceny skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa czy też, że jest w procesie ich badania, stąd przekazana została niepełna treść oferty. Wobec powyższego Odwołujący pismem z dnia 18 maja 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego o potwierdzenie czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę Partner jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały uznane przez Gminę Nieporęt za tajemnicę przedsiębiorstwa, po zbadaniu dokonanego zastrzeżenia, a tym samym nie zostaną one ujawnione do wiadomości wykonawcy MS-EKO, czy też Zamawiający jest wciąż w procesie ich badania. Jeśli Zamawiający nie zakończył jeszcze czynności badania zasadności dokonanego zastrzeżenia, Odwołujący poprosił o wskazanie na powyższą okoliczność oraz określenie, kiedy czynność ta zostanie przez Zamawiającego zakończona, a dokumenty, w części jawnej, będą mogły zostać przekazane MS-EKO. Zamawiający w piśmie z dnia 24 maja 2023 r. odpowiedział Odwołującemu, że zastrzeżenie wykazu instalacji jako tajemnica przedsiębiorstwa „należy uznać za zasadne". Ponadto w treści przedmiotowego pisma Gmina Nieporęt wskazała, że „Stanowisko Zamawiającego o uznaniu zastrzeżonych informacji za stanowiące skutecznie zastrzeżoną informację zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa zostało dokonane po przeprowadzeniu przez Zamawiającego procesu oceny skuteczności zastrzeżenia co wynika z zawiadomienia w tym zakresie adresowanego do Odwołującego. Zatem nie mamy w sprawie do czynienia z bezkrytycznym uznaniem tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, ale decyzją która jest skutkiem dokonania przez Zamawiającego analizy zarówno treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Przystępującego wraz z ofertą, jak również słusznego uznania że informacje zawarte w wykazie posiadają wszystkie konieczne przymioty dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji". Gmina Nieporęt uzewnętrzniła zatem wynik oceny skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa – w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości – dopiero 24 maja 2023 r. i od tego dnia należało liczyć 10-dniowy termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu załącznika do Formularza ofertowego pn. „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – Wyka instalacji". W przytoczonym fragmencie rzeczonego pisma Zamawiający bowiem wprost wskazał, że dokument ten jest zawiadomieniem adresowanym do Odwołującego w zakresie oceny skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powyższe wynika również z analizy przekazanej Izbie dokumentacji Postępowania, w której pismo z dnia 24 maja 2023 r. jest jedynym dokumentem odnoszącym się do kwestii badania skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i uzewnętrzniającym decyzję w zakresie braku możliwości ich ujawnienia. Mając na uwadze czas (dzień po otwarciu ofert) i sposób (bez wskazania czy Zamawiający uznał informacje znajdujące się m.in. w wykazie instalacji stanowiącym załącznik do Formularza ofertowego za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) przekazania przez Gminę Nieporęt niepełnej treści oferty, należało przyjąć wyjaśnienia Odwołującego złożone podczas posiedzenia niejawnego, iż nie miał on wiedzy czy i ewentualnie kiedy Zamawiający zakończył procedurę badania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, stąd skierował do Zamawiającego pismo w tym przedmiocie. MS-EKO dochował zatem należytej staranności w celu ustalenia na jakim etapie są czynności Gminy Nieporęt w zakresie badania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica

przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę powyższe Izba postanowiła oddalić wnioski Zamawiającego i wykonawcy D.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner D.A. z siedzibą w Warszawie o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca D.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący").

Podczas rozprawy Odwołujący – w związku z tym, że po wniesieniu odwołania Gmina Nieporęt dokonała wyboru oferty wykonawcy Partner jako najkorzystniejszej w Postępowaniu – zmodyfikował żądania odwołania w ten sposób, że wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie i udostępnienie załącznika do Formularza ofertowego – wykazu instalacji pn. „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – Wykaz instalacji".

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W Formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców wykazu instalacji, zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.u.c.p.g. Gmina Nieporęt przygotowała wzór tabeli, w której w kolumnie 2 należało wpisać nazwę zarządzającego, natomiast w kolumnie 3 – rodzaj i adres instalacji.

Partner zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa wymagany w Formularzu ofertowym wykaz instalacji, zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.u.c.p.g. i przeniósł go do odrębnego załącznika do Formularza ofertowego pn. „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – Wykaz instalacji".

Zgodnie z Formularzem ofertowym wykonawca zobowiązany był do podania ceny całkowitej ofertowej odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych zgodnie z SWZ (obliczoną zgodnie z tabelą kosztową stanowiącą załącznik do Formularza oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 1a do SWZ). W rzeczonej tabeli kosztowej wykonawca miał określić: wartość jednostkową za 1 Mg oraz wartość całkowitą – dla odbioru i zagospodarowania poszczególnych kodów odpadów.

Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznik do Formularza ofertowego pn. „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – Wykaz insta-lacji" i nie udostępnił go Odwołującemu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp:

„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 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5".

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

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej".

Zgodnie z art. 5 k.c. „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym

przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony".

W myśl art. 6d ust. 4 pkt 5 u.u.c.p.g. wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa w dokumentach zamówienia instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości bądź zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Stosownie do brzmienia art. 6f ust. 1a pkt 5 u.u.c.p.g. „Umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w części dotyczącej odbierania odpadów określa w szczególności: (…) 5) instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady".

Art. 9n ust.1-3 u.u.c.p.g. stanowi: „1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do sporządzania rocznych sprawozdań. 2. Sprawozdanie jest przekazywane wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta w terminie do dnia 31 stycznia za poprzedni rok kalendarzowy. 3. Sprawozdanie zawiera: 1) imię i nazwisko lub nazwę, adres zamieszkania lub siedziby podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, numer rejestrowy, o którym mowa w art. 9b ust. 4 pkt 5, numer rejestrowy, o którym mowa w art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, oraz numer identyfikacji podatkowej (NIP), o ile został nadany; 2) informacje o miejscu prowadzenia działalności; 3) informacje o masie: a) poszczególnych rodzajów odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych oraz sposobie zagospodarowania tych odpadów, wraz ze wskazaniem nazwy i adresu instalacji, do których zostały one przekazane, b) pozostałości z sortowania odpadów komunalnych i pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, powstałych z odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych, przekazanych do składowania albo do termicznego przekształcania, c) odpadów komunalnych przekazanych do przygotowania do ponownego użycia i recyklingu".

Zgodnie z art. 9q ust. 1, 2 i 5 u.u.c.p.g. wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany do sporządzania rocznego sprawozdania z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi, które przekazywane marszałkowi województwa i wojewódzkiemu inspektorowi ochrony środowiska w terminie do 31 marca roku następującego po roku, którego dotyczy, za pośrednictwem Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami. Sprawozdanie zawiera m.in.: informacje o masie poszczególnych rodzajów odpadów komunalnych odebranych z terenu gminy oraz sposobie ich zagospodarowania, wraz ze wskazaniem nazwy i adresu instalacji, do których zostały przekazane (art. 9q ust. 3 pkt 2 u.u.c.p.g.). Z kolei marszałek województwa raportuje do ministra właściwego do spraw klimatu w terminie do 15 lipca roku następującego po roku, którego dotyczy (art. 9s ust. 1 i 2 u.u.c.p.g.).

Zgodnie z art. 3 u.u.c.p.g. „1. Utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy (…); 2. Gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności: (…); 9) udostępniają na stronie internetowej urzędu gminy oraz w sposób zwyczajowo przyjęty informacje o: a) podmiotach odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości z terenu danej gminy, zawierające firmę, oznaczenie siedziby i adres albo imię, nazwisko i adres podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, b) miejscach zagospodarowania przez podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości z terenu danej gminy niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, bioodpadów stanowiących odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania (…); 10) dokonują corocznej analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi, w celu weryfikacji możliwości technicznych i organizacyjnych gminy w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi (…)".

Zakres i forma analiz, o których mowa w art. 3 ust. 2 pkt 10 u.u.c.p.g. zostały określone w art. 9tb u.u.c.p.g. W myśl art. 9tb ust. 1 u.u.c.p.g. wójt, burmistrz lub prezydent miasta sporządza analizę stanu gospodarki odpadami komunalnymi na podstawie sprawozdań złożonych przez podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, podmioty prowadzące punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmioty zbierające odpady komunalne, informacji przekazanych przez prowadzących instalacje komunalne oraz na podstawie rocznego sprawozdania z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi oraz innych dostępnych danych o czynnikach wpływających na koszty systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. Analiza ta obejmuje w szczególności możliwości przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, bioodpadów stanowiących odpady komunalne oraz przeznaczonych do składowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych i pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych)

odpadów komunalnych (art. 9tb ust. 1 pkt 1 u.u.c.p.g.). Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi sporządzana jest w terminie do dnia 30 kwietnia za poprzedni rok kalendarzowy i podlega publicznemu udostępnieniu na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej urzędu gminy (art. 9tb ust. 2 i 3 u.u.c.p.g.).
Stosownie do brzmienia art. 35 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1270 ze zm., dalej: „u.f.p.") „Klauzule umowne dotyczące wyłączenia jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa w umowach zawieranych przez jednostki sektora finansów publicznych lub inne podmioty, o ile wynikające z umowy zobowiązanie jest realizowane lub przeznaczone do realizacji ze środków publicznych, uważa się za niezastrzeżone, z wyłączeniem informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w tajemnicy, lub w przypadku gdy jednostka sektora finansów publicznych wykaże, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że wymaga tego istotny interes publiczny lub ważny interes państwa".
Zgodnie natomiast z art. 16 ust. 1 pkt 7 u.u.i.s. „Władze publiczne mogą odmówić udostępnienia informacji o środowisku i jego ochronie po rozważeniu interesu publicznego przemawiającego za udostępnieniem informacji w konkretnym przypadku, jeżeli udostępnienie tych informacji może naruszyć: (…); 7) ochronę informacji o wartości handlowej, w tym danych technologicznych, dostarczonych przez osoby trzecie i objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli osoby te złożyły wniosek o wyłączenie tych informacji z udostępniania, zawierający szczegółowe uzasadnienie dotyczące możliwości pogorszenia ich pozycji konkurencyjnej (…)".

Mając na uwadze wyżej wymienione przepisy należy wskazać, że art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Wyżej wymieniona zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 przytoczonego przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów 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. Z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba podziela w tym zakresie ugruntowany pogląd wyrażany przez Krajową Izbę Odwoławczą zarówno na kanwie nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp2004") jak i aktualnie obowiązującej ustawy Pzp, zgodnie z którym użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania", nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia" (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21, z dnia 18 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 506/21, z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19, z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22, z dnia 27 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 674/23). Podobnie wypowiada się również Sąd Zamówień Publicznych, który w swoich orzeczeniach wskazuje, że przewidziany przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm., dalej: „k.p.c.") (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 133/21).

Kolejno należy podkreślić, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. I tak zgodnie z wyżej wymienionym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania

określonych informacji w poufności. Innymi słowy, w sytuacji, gdy okaże się, że choć jedna z przywołanych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

W szczególności należy podkreślić, że przesłanka dotycząca wartości gospodarczej odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem każda informacja, o której mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczy przyjmuje się, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Ponadto przejawem wartości gospodarczej może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istnienie owej szkody musi mieć jednak wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie wykonawcy o wartości przekazywanych przez niego informacji jest niewystarczające. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (tak m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 28 lipca 2022 r. o sygn. akt KIO 1810/22, z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22, z dnia 29 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 720/21 oraz z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21). Znaczące jest także, iż – jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 – wartość gospodarczą należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Wobec powyższego należy przyjąć, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Każda spóźniona próba wykazania zasadności utajnienia danych informacji winna być zatem uznana za bezskuteczną, ponieważ ustawodawca nie pozostawił żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak wykazania w złożonym uzasadnieniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie uzasadnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z – przewidzianej przepisami ustawy Pzp – ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż Odwołujący, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostał ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowe i lakoniczne, zawiera w istocie jedynie frazesy, z których nie płyną żadne konkretne informacje wymagane art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że analiza treści rzeczonego uzasadnienia prowadzi do stwierdzenia, że Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Partner wskazał, że ujawnienie danych zawartych w wykazie – lokalizacje instalacji niewątpliwie może go narazić „na negatywne konsekwencje w postaci: utraty danego kontrahenta, nałożenie kar umownych zastrzeżonych na wypadek ujawnienia okoliczności współpracy Stron, w szczególności wynagrodzenia (w tym miejscu Wykonawca zwraca uwagę, że już fakt zawarcia samej umowy ze wskazanymi kontrahentem na odbiór określonej frakcji odpadów stanowi informację poufną, której ujawnienie spowodować może nałożenie na niego kary umownej), konieczności zapłaty ewentualnego odszkodowania w takim przypadku na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego, jak również utraty przyszłych kontrahentów (jako, że inne podmioty nie będą chciały współpracować z firmą, która dopuściła się ujawnienia informacji poufnych)". Ponadto Przystępujący podkreślił, że informacje zawarte w treści wykazu, w tym dobór konkretnych podmiotów zajmujących się zagospodarowaniem konkretnym rodzajem odpadów z uwagi na zróżnicowanie kosztów tego procesu, stanowią jego *know-how*. W dalszej części uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa Partner podniósł, że „Zastrzeżone informacje stanowią konkretne źródło wiedzy o szczegółach działalności zarówno Wykonawcy jak i jego kontrahentów. Uzyskując taką wiedzę podmioty konkurencyjne, podmioty działające profesjonalnie w tym samym

segmencie rynku, mogą wykorzystywać je w celu zachwiania pozycji rynkowej Wykonawcy i odkodować za pomocą wiedzy specjalistycznej jaką posiadają szczegóły warunków handlowych współpracy. Informacje w tym zakresie wskazują na zakres kontaktów handlowych i przyjętą strategię budowania oferty rynkowej, wskazując jednocześnie pośrednio na zakres kontaktów i potencjału posiadanego przez dany podmiot. Ujawnienie tych informacji niesie więc za sobą realne ryzyko przejęcia kontaktów biznesowych przez konkurencję. Ponadto Przystępujący wycenił tajemnicę przedsiębiorstwa, jaką stanowią informacje zawarte w zastrzeżonym wykazie, na kwotę co najmniej 2.000.000 zł (uwzględniając także kary umowne z tytułu ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa). Partner podniósł, że „(…) Ujawnienie informacji dotyczących faktu współpracy, rodzajów odpadów które są odbierane a także wycen (pośrednio na podstawie cen Wykonawcy) pozwoliłoby dodatkowo na zapoznanie się innych firm z zasadami ustalania cen takich usług u Wykonawcy. Ponadto otworzyłoby to drogę do optymalizowania wydatków przez konkurencję oraz ewentualną presję rabatową na partnerów. Powyższe uzasadnia wartość tajemnicy przedsiębiorstwa, prawdopodobieństwo wystąpienia szkody w przypadku ujawnienia zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa oraz związek przyczynowy między ujawnieniem zastrzeżonej tajemnicy w tym postępowaniu a szkodą (w postaci utraty dochodów), która może wystąpić (…)".

Analiza przytoczonych fragmentów wskazuje, że mają one charakter zwykłej sztampowej deklaracji, zapewnienia, którą można byłoby odnieść do zastrzeganych informacji w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z pewnością nie można w tym przypadku mówić o jakimkolwiek wykazaniu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przede wszystkim należy wskazać, że sam Przystępujący w treści uzasadnienia wskazał, że dane zawarte w wykazie instalacji dotyczą planowanych miejsc, zatem nie oznacza to, że rzeczywiście do tych konkretnych instalacji oraz podmiotów zbierających skieruje odpady odebrane z Gminy Nieporęt. Ograniczony zakres informacji wymaganych przez Zamawiającego w wykazie instalacji składanym zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.u.c.p.g. nie pozwala również na jednoznaczne stwierdzenie, do których konkretnie instalacji dane frakcje odpadów będą transportowane. Trafnie bowiem wskazał Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 26 czerwca 2023 r., że wykaz instalacji nie opisuje sposobu w jaki wykonawca Partner będzie kierował odpady do poszczególnych instalacji (jeżeli wskazano więcej niż jedną dla danego kodu odpadu). Z kolei wskazanie kodów przyporządkowanych do konkretnych instalacji czy podmiotów zbierających nie stanowi żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ informacja o tym, jakie kody odpadów przetwarzane są w danej instalacji, jest powszechnienie znana, upubliczniona na stronach internetowych instalacji, w przypadku instalacji komunalnych przetwarzających m.in. odpady zmieszane jest dostępna w BIP marszałków poszczególnych województw oraz możliwa do uzyskania poprzez informacje zawarte w BDO oraz w trybie dostępu do informacji publicznej oraz informacji o środowisku. Co więcej, sam wykaz planowanych instalacji i podmiotów zbierających nie daje informacji o uzyskanych przez Przystępującego cenach za zagospodarowanie, w tym o rabatach. Takie dane nie są zawarte w wykazie. Ponadto cena za zagospodarowanie obejmuje także inne elementy kosztowe, np. marżę czy koszty ogólne. Wobec powyższego wiedza o miejscu zagospodarowania odpadów może być co najwyżej pomocna w ustaleniu rzetelności kalkulacji ceny jednostkowej, w szczególności w zakresie transportu, ponieważ daje wiedzę o odległości, na jaką będą przewożone odpady. Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności za gołosłowne należało uznać twierdzenia wykonawcy Partner, iż informacje zawarte w wykazie instalacji w powiązaniu z wyceną ofertową wykonawcy mogą pozwolić na ustalenie poziomu zakupu usług przez Przystępującego od jego kontrahentów.

Nadto Izba zauważa, że z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jednoznacznie wynika, że Partner nie wykazał związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawieniem informacji zawartych w wykazie instalacji z określoną, wymierną szkodą po jego stronie. Dodatkowo słusznie również podniósł Odwołujący, że dokonana przez Przystępującego wycena wartości gospodarczej zastrzeganych informacji jest całkowicie dowolna i niczym nieuzasadniona. W szczególności wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że w zawieranych przez niego umowach przewidziane są jakiekolwiek kary umowne za ujawnienie informacji o miejscu przetwarzania odpadów.

Skład orzekający podziela w całości pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 20 marca 2023 r. KIO 623/23, w którym Izba stwierdziła: „(…) Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej

klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z PrZamPubl jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających (…)". Powyższy fragment, choć odnoszący się do innej kategorii informacji niż te zastrzegane w niniejszym Postępowaniu, ma jednak na tyle uniwersalny charakter, że znajdzie zastosowanie również w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. Zasadnym jest bowiem przyjęcie, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, że ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do zgodności z warunkami zamówienia lub obowiązującymi przepisami. Wartość gospodarcza winna mieć wymiar obiektywny, a więc samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania i nie może służyć do ukrycia przed konkurencją informacji, które są niezbędne do zweryfikowania prawidłowości złożonej oferty, tym bardziej, że jak wynika z art. 3 ust. 2 pkt 9 lit. a) i b) u.u.c.p.g. Zamawiający ma obowiązek publikacji w domenie publicznej informacji o pomiotach odbierających odpady od właścicieli nieruchomości oraz o miejscach zagospodarowania niektórych kategorii odpadów komunalnych. Ponadto w kontekście zasady jawności informacji o miejscach zagospodarowania odpadów koniecznym jest wskazanie na przepisy art. 3 ust. 2 pkt 10 u.u.c.p.g. i art. 9tb u.u.c.p.g., które odnoszą się do corocznej analizy stanu gospodarki odpadami dokonywanej przez gminy. Zgodnie z art. 9tb ust. 2 i 3 u.u.cp.g. analiza publikowana jest w BIP gminy w terminie do dnia 30 kwietnia za poprzedni rok kalendarzowy. Analiza za rok 2023 będzie zatem opublikowana do 30 kwietnia 2024 r., czyli w czasie trwania umowy, która obowiązywać będzie co najmniej do 30 czerwca 2024 r. (12 miesięcy obowiązywania umowy nie wcześniej niż od 1 lipca 2023 r.). To samo dotyczy składanych sprawozdań do gminy oraz gminy do marszałka województwa – realizacja obowiązków w tym zakresie będzie w toku umowy. Słusznie podniósł więc Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 26 czerwca 2023 r., że będą to dane aktualne a nie historyczne, jak próbował twierdzić Zamawiający i Przystępujący. Mając na uwadze powyższe należy w szczególności zwrócić uwagę na dokumenty złożone wraz z pismem procesowym Odwołującego z dnia 27 czerwca 2023 r. w postaci: analiz stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Sochaczew za rok 2021 oraz rok 2022 na okoliczność wykazania braku możliwości utrzymania w poufności danych, których udostępnienie wynika z obowiązujących przepisów i nałożonych na gminę obowiązków informacyjno-sprawozdawczych wynikających z u.u.c.p.g. oraz u.u.i.s., w tym na okoliczność, że obowiązki wynikające z tych przepisów są realizowane niezależnie od okresu obowiązywania umowy, gdzie w ofercie wykaz instalacji został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym w trakcie obowiązywania takiej umowy. Jak wskazał Odwołujący, z rzeczonych analiz wynika, że informacje o miejscach zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji była znana i upubliczniona w toku obowiązywania umów z Przystępującym, zatem informacje nie były poufne już w trakcie realizacji zamówienia, a analizy nie odnoszą się do danych historycznych, lecz – wbrew twierdzeniom Przystępującego i Zamawiającego – także aktualnych (umowa zawarta w 2022 roku trwa nadal – do 30 czerwca 2024 roku). Taka sama sytuacja będzie również miała miejsce w Gminie Nieporęt, gdzie umowa będzie obowiązywała w okresie po 1 lipca 2023 roku w okresie 12 miesięcy. Biorąc także pod uwagę obowiązki sprawozdawcze gmin wynikające z art. 9q u.u.c.p.g. należy wskazać, że Odwołujący wraz z pismem procesowym z dnia 26 czerwca 2023 r. przedstawił plik dowodów, w tym m.in. sprawozdanie z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi z Gminy Świercze za 2021 rok wraz umową na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Świercze za 2021 rok celem wykazania, żew gminach, w których Partner jest stroną umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów, sprawozdania nie zawierają informacji zastrzeżonych, w tym w zakresie miejsc zagospodarowania odpadów. Przystępujący kwestionował złożone sprawozdania, gdyż w jego ocenie na podstawie takich dokumentów, nie można ustalić, do której instalacji Partner przekazywał odpady, gdyż zawierają one wyłącznie informacje odnośnie kodu, ilości odebranych odpadów oraz miejsc zagospodarowania odpadów (instalacje). Należy jednak zauważyć, że analiza tych dokumentów w powiązaniu z jawnymi umowami w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości bez wątpienia pozwala na ustalenie, do których instalacji przekazywane były odpady, ponieważ wskazuje na to ilość odpadów przekazywana do zagospodarowania. Ponadto w trybie dostępu do informacji publicznej lub dostępu do informacji o środowisku można uzyskać także sprawozdania podmiotów odbierających odpady kierowane do gmin. Informacje w tym zakresie można zatem powiązać z innymi danymi ilościowymi oraz o miejscach zagospodarowania. Należy zauważyć, że – wobec przedstawionej przez MS-EKO argumentacji w zakresie jawności informacji o sposobie i miejscach zagospodarowania odpadów – Przystępujący nie wykazał, że dane zawarte w załączniku do Formularza ofertowego pn. „TAJEMNICA PRZED-SIĘBIORSTWA – Wykaz instalacji" pozostaną poufne. W tym kontekście Partn ograniczył się do przywołania przepisu art. 35 u.f.p. oraz art. 16 ust. 1 pkt 7 u.u.i.s., jednak w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy – nie wykazano ani tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeganych informacji odnośnie instalacji ani szczegółowego uzasadnienia możliwości pogorszenia sytuacji konkurencyjnej wykonawcy w przypadku ich

udostępnienia. Nadto – jak słusznie zwrócił uwagę Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 26 czerwca 2023 r. – również Zamawiający nie zaprzeczył, że w sytuacji, gdy o informacje w zakresie miejsc zagospodarowania odpadów komunalnych zwróci się np. mieszkaniec Gminy Nieporęt, otrzyma on odpowiedź w tym przedmiocie. Nie zaprzeczył także, że informacje te znajdą się na stronie internetowej gminy.

Kolejno odnosząc się z kolei do dowodów złożonych przez Przystępującego wraz z pismem procesowym z dnia 27 czerwca 2023 r. Izba uznała je za bezprzedmiotowe i niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Przede wszystkim analizując treść oświadczeń Gminy Radzymin oraz Gminy Zakroczym (dowód nr 1 i dowód nr 3) należy zauważyć, że ograniczają się one do ogólnikowego wskazania, że wyżej wymienione gminy traktują informacje dotyczące listy instalacji za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zarówno na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak również w trakcie realizacji umowy. Z dowodów tych nie wynika jednak, że np. gminy nie będą realizować swoich obowiązków sprawozdawczych, o których mowa w art. 9q u.u.c.p.g., ani też, że nie udostępnią informacji w zakresie miejsca zagospodarowania odpadów w sytuacji, gdy mieszkaniec gminy zwróci się o taką informację w trybie u.d.i.p. lub u.u.i.s. Z kolei dowód nr 2 – jak słusznie podniósł Odwołujący podczas rozprawy w dniu 27 czerwca 2023 r. – stanowi wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny w zakresie konkretnego kodu odpadów i w tym kontekście informacje odnośnie instalacji zostały zastrzeżone wraz ze szczegółowymi warunkami współpracy. Jest to zatem sytuacja odmienna od wymagania w zakresie złożenia wraz z ofertą wykazu instalacji, zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.u.c.p.g., jak ma to miejsce w tym Postępowaniu, wobec czego należało przyjąć, że sformułowana przez Przystępującego teza dowodowa nie obejmuje faktów mających znaczenie dla rozpoznania niniejszej sprawy.

Co więcej, w kwestii poufnego charakteru informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zasadnym jest wskazanie, że wykonawca Partner nie wykazał, iż jego kontrahenci – podmioty prowadzące instalacje zamierzają utrzymywać w poufności fakt współpracy w ramach zagospodarowania odpadów z danej gminy, ani że od utrzymania w poufności tego faktu warunkują współpracę. Należy podkreślić, że poufność informacji nie może być jednostronna. Inaczej mówiąc, aby można było w sposób obiektywny stwierdzić, czy w stosunku do zastrzeżonych informacji rzeczywiście podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, fakt ten powinien zostać wykazany zarówno przez Przystępującego jak i kontrahentów z nim współpracujących. Odwołujący słusznie podniósł podczas rozprawy w dniu 20 czerwca 2023 r., że Partner ograniczył się jedynie do wskazania jakie podjął środki w swoim przedsiębiorstwie celem nieudostępnienia zastrzeganych informacji. Przystępujący podkreślał co prawda w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, że również jego kontrahenci stosują zbliżone zasady i środki bezpieczeństwa danych wrażliwych, jednak ograniczył się w tym zakresie do lakonicznego wywodu, iż „(…) strony zobowiązały się do traktowania wskazanych w porozumieniu informacji jako poufnych i sprawowania nad nimi pieczy przynajmniej w takim samym zakresie w jakim chroni własne informacje zastrzeżone o podobnej wadze oraz do ograniczenia ujawniania takich informacji wyłącznie do wskazanych osób zarządzających i upoważnionych a także, że nie będzie ujawniać takich informacji żadnym stronom trzecim bez uprzedniej pisemnej i wyraźnej zgody strony ujawniającej. Strony ustaliły konkretną i wysoką odpowiedzialność kontraktową z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z umowy – w tym w zakresie dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa, co nie wyłącza możliwości dochodzenia odszkodowania w wysokości przewyższającej zastrzeżoną karę umowną (…)". Powyższe stanowi jednakże wyłącznie gołosłowne twierdzenia wykonawcy Partner, które nie zostały w żaden sposób udowodnione.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że gdyby nawet przyjąć, iż jakiekolwiek klauzule poufności zostały zawarte w umowach z kontrahentami, to należałoby poddać je szczegółowej analizie. Koniecznym jest bowiem podkreślenie, że samo powoływanie się na klauzule poufności bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2015 r. o sygn. akt KIO 807/15). W tym kontekście należy chociażby zwrócić uwagę, że niektóre z podmiotów prowadzących instalacje są spółkami komunalnymi zobowiązanymi do udzielania informacji publicznej.

Dodatkowo, jedynie na marginesie, odnosząc się do przywoływanych przez Zamawiającego i Przystępującego wyroków Krajowej Izby Odwoławczej dotyczących możliwości zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu instalacji, skład orzekający wskazuje, że mają one charakter irrelewantny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Przytoczone wyroki zostały bowiem wydane w konkretnym stanie faktycznym, przy uwzględnieniu odmiennych okoliczności, argumentacji, a także dowodów, które różniły się od materiału dowodowego zgromadzonego w rozpoznawanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodniczący:.....