

**WYROK**

**z dnia 13 sierpnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **9 sierpnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **12 lipca 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Newater sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, Firma Ogólnobudowlana MAS-BUD S. W., Wrocław**

w postępowaniu pn. *Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Dobroszyce, gmina Dobroszyce w ramach projektu: „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Dobroszyce wraz z jej dociążeniem poprzez rozbudowę sieci kanalizacji sanitarnej w Dobroszycach i Nowosiedlicach” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego* (nr postępowania ZP.271.87.2020).

prowadzonym przez zamawiającego: **Gminna Gospodarka Komunalna Dobroszyce sp. z o.o. z siedzibą w Dobroszycach**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miko-Tech sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych, EcoOne sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września

**Sygn. akt KIO 2210/21**

2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 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.**

## Uzasadnienie

Gminna Gospodarka Komunalna Dobroszyce sp. z o.o. z siedzibą w Dobroszycach {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Dobroszyce, gmina Dobroszyce w ramach projektu: „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Dobroszyce wraz z jej dociążeniem poprzez rozbudowę sieci kanalizacji sanitarnej w Dobroszycach i Nowosiedlicach” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego* (nr postępowania ZP.271.87.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 19 listopada 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 612909-N-2020.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

12 lipca 2021 r. Newater sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu {dalej: „Newater”}, Firma Ogólnobudowlana MAS-BUD S. W. z Wrocławia {dalej: „Mas-Bud”}, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia {dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”}, wnieśli odwołanie od odtajnienia przez Zamawiającego 20 lipca 2021 r. umowy o współpracy Konsorcjum z Qenergią sp. z o.o. {dalej (w mianowniku): „Qenergi”}.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej: „uznk”) – przez bezpodstawne uznanie, że informacje przedstawione w załącznikach do pisma Konsorcjum z 4 czerwca 2021 r. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo dwukrotnego wykazania (również w piśmie z 25.06.2021 r.) przez Konsorcjum, że informacje te, w szczególności zawarte w umowie o współpracę, stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji bezpodstawne ich odtajnienie wbrew obowiązującym zasadom jawności i przejrzystości.
2. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia odtajnienia dokumentów załączonych do Konsorcjum z 4 czerwca 2021 r., a w szczególności umowy o współpracy z Qenergią.

Odwołujący sprecyzowali dodatkowo powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

31 maja 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum (pismem znak ZP.1.87.2020), bez wcześniejszego wezwania do złożenia dokumentów podmiotowych, do złożenia wyjaśnień co do realnego, rzeczywistego udostępnienia zasobów w odniesieniu do treści przedłożonego zobowiązania Qenergi do udostępnienia zasobów ekonomicznych, finansowych oraz zdolności technicznej, aby Zamawiający mógł zgodnie z art. 22c pzp ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez podmiot trzeci zasoby (w tym przypadku sytuacja finansowa i ekonomiczna związana z udostępnieniem wskaźników ekonomicznych) pozwalają na wykazanie spełniania przez Konsorcjum stawianych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

4 czerwca 2021 r. w odpowiedzi Konsorcjum wskazało m.in., że udostępniane przez podmiot trzeci zasoby mają charakter realny i rzeczywisty oraz gwarantują dostęp do nich w trakcie wykonywania zadania, o czym świadczy treść przedłożonej już uprzednio umowy o współpracy pomiędzy, którą ponownie jako dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa załączono. Jednocześnie w celu wyeliminowania wszelkich wątpliwości dodatkowo załączono kolejne, uszczegółowione oświadczenie Qenergi, potwierdzające udzielenie zasobów na cały czas realizacji zamówienia wraz ze zobowiązaniem do ponoszenia solidarnej odpowiedzialności zgodnie z przepisami.

17 czerwca 2021 r. Konsorcjum otrzymało od Zamawiającego kolejne wezwanie (pismo znak ZP.1.87.2020), tym razem do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania, że załączniki (dokumenty) do pisma Konsorcjum z 4 czerwca 2021 r. objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa.

25 czerwca 2021 r. Konsorcjum wskazało, nie powielając argumentacji zawartej w piśmie z 4 czerwca 2021 r., co następuje:

*1) do pisma Wykonawcy [z dnia 04.06.2021 r.] zostało dołączone oświadczenie uzupełniające jest to dodatkowy dokument oświadczenie podmiotu trzeciego QENERGI Sp. z o.o. złożone na wezwanie Zamawiającego do złożenia przez Wykonawcę wyjaśnień zgodnie z pismem [Zamawiającego z dnia 31.05.2021 r.], nie zaś w celu złożenia dokumentów podmiotowych, czego Zamawiający ku zdumieniu Wykonawcy, zgodnie z przepisami nie proceduje;*

*2) treść umowy o współpracy Wykonawcy z QENERGI Sp. z o.o. w całości stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi za jej charakter gospodarczy i dwustronne poufne*

*uzgodnienia Stron;*

Ponadto Konsorcjum wskazało, że aby informacje zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą – w/w umowa posiada wartość gospodarczą, bowiem jest to umowa o współpracy pomiędzy dwoma podmiotami prawa handlowego w zakresie ustalenia współpracy dotyczącej sfery finansowej;*
- 2) informacje 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, – w/w umowa od momentu jej zawarcia nie została udostępniona nikomu, za wyjątkiem Zamawiającego oraz członków składu orzekającego na rozprawie w Krajowej Izbie Odwoławczej. Ponadto Wykonawca dochował należytej staranności, aby treść tej umowy nie zostało publicznie udostępniona;*
- 3) podjęto co do tych informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. – Wykonawca wskazuje, że w szczególny sposób zadbał o zachowanie poufności tych informacji, m.in. poprzez:*
  - a) Ograniczenie kręgu osób, które mają dostęp do ww. informacji do niezbędnego minimum obejmującego wyłącznie pracowników Konsorcjum, jak i osób, które uprzednio podpisały ze spółką umowę o zachowaniu w poufności tych informacji,*
  - b) Zobowiązanie pracowników Wykonawcy oraz osób, z którymi podmioty wchodzące w skład konsorcjum współpracują na podstawie umów cywilnoprawnych do zachowania w poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa,*
  - c) Cykliczne przypominanie osobom współpracującym na podstawie umów cywilnoprawnych o celu zawartych umów, a także o tym, iż „ważne powody” wypowiedzenia umowy zlecenia w rozumieniu art. 746§1 k.c., to przede wszystkim utrata zaufania potrzebnego do dalszego wykonywania świadczenia oraz działania, które tę utratę zaufania uzasadniają, do umów wprowadzono postanowienia o obowiązku zachowania poufności pod rygorem zapłaty kary umownej za naruszenie;*
  - d) Przechowywanie dokumentów zawierających informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w wydzielonych miejscach;*
  - e) Ustanowienie kar umownych za naruszenie klauzuli dotyczących poufności z podmiotami trzecimi,*
  - f) Instalacja oprogramowania antywirusowego, systemów typu firewall i odpowiedniej konfiguracji aktualizacji oprogramowania na każdym stanowisku pracy związanym z dostępem do informacji posiadanych przez Przystępującego;*

*g) Okresowy audyt systemów i procedur bezpieczeństwa.*

*Katalog podejmowanych przez Wykonawcę działań, które podjął on w celu ochrony poufności informacji jest rozbudowany, a ich wspólnym celem jest kompleksowa ochrona i zachowanie w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.*

*powyższe szczegółowo zostało już opisane przez Wykonawcę w Załączniku nr 1 do pisma Wykonawcy z dnia 04.06.2021 r.*

20 lipca 2021 r. Konsorcjum otrzymało od Zamawiającego kolejne pismo z informacją o odtajnieniu dokumentów (załączników) złożonych przez Konsorcjum wraz z wyjaśnieniami z 4 czerwca 2021 r. z uwagi na brak wykazania, po pierwsze – na jakiej podstawie zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów podmiotu trzeciego ma stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy Konsorcjum załączyło zobowiązanie do oferty z 22 grudnia 2020 r., po drugie – w jakim zakresie umowa o współpracy z podmiotem trzecim Qenergią stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Brzmienie § 6 Umowy ramowej o współpracy zawartej 10 grudnia 2020 r. pomiędzy Konsorcjum a QENERGI:

*1. Strony zobowiązują się do nieprzekazywania, nieujawniania i niewykorzystywania poufnych informacji uzyskanych w czasie wykonywania umowy, w szczególności tajemnicy handlowej i tajemnicy przedsiębiorstwa przez cały okres trwania umowy oraz przez okres 10 lat od dnia jej rozwiązania.*

*2. Informacje poufne i stanowiące tajemnicę spółki to informacje w rozumieniu art 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) oraz wszystkie inne informacje, dane oraz zasoby przechowywane także na nośnikach elektronicznych – niepodane do publicznej wiadomości – uzyskane lub powstałe w spółce, a także firm współpracujących, związanych lub zależnych, dotyczących między innymi: produktów oraz technologii wytwarzania produktów i usług spółki, firm związanych i zależnych; szczegółów umów handlowych i współpracy z osobami fizycznymi oraz firmami zawartych przez spółkę, firmy współpracujące, związane lub zależne; szczegółów przepisów wewnętrznych spółki, firm współpracujących, związanych lub zależnych, zwłaszcza w zakresie zasad bezpieczeństwa, przestrzegania tajemnicy spółki, zasad organizacji, podziału kompetencji itp. – handlowych i współpracy z osobami fizycznymi oraz firmami – zawartych przez spółkę. firmy współpracujące, zależne lub związane; informacji o takim charakterze, że podanie ich do informacji publicznej może narazić na wyrządzenie szkody spółkę, firmy współpracujące, zależne lub związane, niezależnie od handlowego, zawodowego lub innego charakteru tych informacji; innych informacji sklasyfikowanych jako „poufne” lub „ściśle poufne” lub „tajemnica wewnętrzna” przez zarząd spółki, prezesa zarządu lub przez inną jednostkę organizacyjną spółki*

*upoważnioną przez zarząd do klasyfikowania informacji niejawnych spółki.*

*3. Strony zobowiązują się do zachowania i ochrony tajemnicy wszystkich informacji, danych, informacji poufnych oraz stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, za wyjątkiem udzielenia informacji wynikających z wymogów określonych przepisami prawa.*

*4. Za naruszenie tajemnicy lub poufności przez Stronę uważa się w szczególności ujawnienie, przekazanie wykorzystanie, udostępnianie, zbywanie, publikację informacji poufnej lub tajemnicy spółki oraz jakiegokolwiek inne wykonywanie operacji podobnym charakterze.*

*5. W przypadku niezastosowania się do postanowień §4. Umowy przez którąkolwiek ze Stron, Naruszający zobowiązuje się zapłacić na rzecz drugiej Strony, w ciągu 14 dni od dnia doręczenia pisemnego wezwania do zapłaty, karę umowną w wysokości 20.000 zł.*

{okoliczności prawne}

Art. 8 ust. 3 ustawy pzp nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jednocześnie zgodnie z przepisem art. 2 pkt 1 lit. b dyrektywy Parlamentu i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz.U. UE. Dz.U. L 157/1 z 15.6.2016), *sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą.* Jak wynika z powyższego, w połączeniu z motywem 14 preambuły tej dyrektywy, tajemnica handlowa obejmuje istotne informacje, mające wartość gospodarczą dla danego przedsiębiorcy.

Wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać, że podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca. Informacje o kontrahentach, dostawcach, stosowanych przez nich rabatach mogą stanowić tajemnicę organizacyjną przedsiębiorstwa i są informacjami posiadającymi wartość gospodarczą. Dodatkowo informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeżeli dotyczy m.in. wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się natomiast całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

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 uchwytne wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.

Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 7 października 2020 r. sygn. akt II SA/Gd 224/20:

*(...) Pojęcie „wartość gospodarcza” zastosowane w u.z.n.k. jest nieostre i niejednoznaczne. Ustawodawca nie wskazuje co należy rozumieć pod tym pojęciem ani jak tą wartość należy ustalić. Przyjmuje się jednak, że wartość gospodarczą mogą mieć takie informacje jak dane kontrahentów, tzw. poufne know-how czy informacje związane z działalnością marketingową. Wobec tego ustalenie, czy w konkretnej sprawie mamy do czynienia z wartością gospodarczą określonych danych, wymaga szczegółowej weryfikacji informacji objętych umową, aktualnej sytuacji konkretnego przedsiębiorcy oraz uwarunkowań prawnych i faktycznych prowadzenia działalności w określonej dziedzinie, na danym rynku, w danym okresie.(...)*

*(...) Aby dana informacja podlegała ochronie na podstawie przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji musi zostać spełniona zarówno przesłanka formalna (wola utajnienia danych informacji) jak i materialna (charakter informacji). Przesłanka materialna jest spełniona wówczas, gdy informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą – co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację, której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. (...)*

*(...) Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji publicznej na podstawie niezweryfikowanej deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym konstytucyjnie chronione prawo obywatela do uzyskania informacji publicznej, ponieważ dla pozbawienia go dostępu do szerokiego kręgu informacji wystarczającym byłoby formalne i niepodlegające jakiegokolwiek kontroli zadeklarowane przez przedsiębiorcę zastrzeżenie, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie zawarte w umowie może stać się skuteczne tylko w sytuacji, gdy zastrzeżone informacje obiektywnie mają charakter tajemnicy przedsiębiorcy. (...)*

Ponadto w odwołaniu przywołano szereg wyroków Izby (z przytoczeniem obszernych fragmentów uzasadnień tych orzeczeń), w których położono nacisk na konieczność



wykazania przez wykonawcę zastrzegającego przedkładane w toku postępowania o udzielenie zamówienia informacje wszystkich przesłanek wynikających ze stosownego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

{stanowisko Odwoływających}

Według Odwoływających podjęcie przez nich współpracy z Qenergi w ramach realizacji zadania inwestycyjnego ma istotną wartość nie tylko dla Konsorcjum, które w oparciu o oddane mu zasoby buduje swoją pozycję rynkową jako nowy podmiot, ale i dla Qenergi, gdyż w treści umowy o współpracy ujawniono zakres i charakter współpracy, z niezwykle szerokim katalogiem działań i czynności, co może wpływać na wizerunek podmiotu udostępniającego wobec np. towarzystw ubezpieczeniowych lub banków. Tak szeroka współpraca na gruncie finansowym niewątpliwie posiada wartość gospodarczą dla obu podmiotów.

W ocenie Odwoływających wykazali oni, że zastrzeżone przez nich informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa zarówno w piśmie z 4 czerwca 2021 r., jak i w piśmie z 25 czerwca 2021 r. Zdaniem Odwoływających istotne znaczenie w tym kontekście mają również przywołane powyżej postanowienia § 6 umowy o współpracy, którą Konsorcjum zawarło z Qenergi.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwoływający podtrzymał dotychczasowe stanowisko i argumentację, a w imieniu Zamawiającego i Przystępujących nikt się nie stawił, pomimo otrzymania zawiadomienia o terminie posiedzenia.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129).

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

W ocenie Izby Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożyli ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż nieuprawnione odtajnienie przez Zamawiającego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujących może ich narażać na szkodę.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Konsorcjum nie utajniło pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów złożonego wraz z ofertą, co oznacza, że fakt polegania przez nie na zasobach Quenergi w celu wykazania spełnienia określonego w tym postępowaniu warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej jest informacją jawną. Innymi słowy fakt współpracy pomiędzy Konsorcjum a Quenergi na potrzeby zarówno ubiegania się o to zamówienie, jak i wykonania umowy w sprawie tego zamówienia został ujawniony przez samo Konsorcjum.

Ani z treści uzasadnień zawartych w pismach z 4 i 25 czerwca 2021 r. złożonych Zamawiającemu, ani z treści odwołania nie wynika, na czym miałyby polegać odrębna wartość gospodarcza uszczegółowienia treści powyższego zobowiązania z 4 czerwca 2021 r., biorąc pod uwagę, że nie polega ona na podaniu wysokości środków finansowych czy zdolności kredytowej Quenergi.

Z kolei z postanowień zawartych w § 6 umowy ramowej o współpracy zawartej pomiędzy Konsorcjum a Quenergią nie wynika, że treść uszczegółowionego zobowiązania lub treść samej umowy stanowi nieujawnioną informację mającą wartość gospodarczą. Wręcz przeciwnie strony tej umowy zobowiązały się do nieprzekazywania, nieujawniania i niewykorzystywania poufnych informacji uzyskanych w okresie wykonywania tej umowy, co jeszcze nie nastąpiło, gdyż nie doszło jeszcze nawet do zawarcia umowy w sprawie tego zamówienia publicznego.

Przede wszystkim (abstrahując od odręcznie naniesionego dopisku „Tajemnica Przedsiębiorstwa”, co mogło zostać uczynione później przez Konsorcjum) ani z treści doprecyzowanego zobowiązania, ani z treści umowy ramowej o współpracy nie wynika, że według Quenergi zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tej spółki. Innymi słowy złożone Zamawiającemu dokumenty nie zawierają oświadczenia woli Quenergi co do tego, że ich treść w jakimkolwiek zakresie stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa, względnie przyjęcie do wiadomości, że informacje zawarte w tych

dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum.

Obszerne uzasadnienia zawarte w piśmie z 4 czerwca 2021 r. sprowadza się przede wszystkim do rozważań teoretycznoprawnych z powołaniem się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Krajowej Izby Odwoławczej.

Natomiast lista działań podjętych w celu zachowania poufności wymieniona w piśmie z 4 czerwca 2021 r. (i powtórzona w piśmie z 25 czerwca 2021 r.) nie tylko nie ma znaczenia wobec braku sprecyzowania wartości gospodarczej, ale nie została poparta żadnymi dowodami wskazującymi na faktyczne ich podjęcie. Co więcej treść oświadczenia Konsorcjum dotyczy wyłącznie działań podjętych przez nie, natomiast w ogóle nie wspomina o tym, czy i jakie działania zostały podjęte przez Quenergię.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie podlega oddaleniu.

Przypomnienia wymaga, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): *Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich*

*wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.). Ponadto według art. 8 ust.3 pzp wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 uzk, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy podkreślić, że nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości

gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub jeszcze innym dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

Ponadto Izba uznaje przywołane w odwołaniu wypowiedzi z dotychczasowego orzecznictwa Izby w kwestii nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji braku wykazania w odniesieniu do utajnianych informacji przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za adekwatne również w tej sprawie.

Skoro – jak to powyżej ustalono – Konsorcjum nie było w stanie wykazać nawet wartości gospodarczej informacji, Zamawiający podjął prawidłową decyzję o odtajnieniu i ujawnieniu złożonych mu przez Konsorcjum w toku prowadzonego postępowania dokumentów.

Tym samym nie mogło również dojść do naruszenia przez Zamawiającego którejkolwiek z zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 i 3 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp oraz § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.