

Sygn. akt: 2222/18

WYROK
z dnia 7 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2018 przez wykonawcę **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A., u. Topiel 12, 00-342 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Control Process S.A., Techmadex S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu braku wykazania przez wykonawcę Konsorcjum Control Process S.A., Techmadex S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonej części wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nakazuje zamawiającemu dokonanie odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów wniosku.
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A., u. Topiel 12, 00-342 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych.
3. zasądza od Zamawiającego System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A., u. Topiel 12, 00-342 Warszawa na rzecz odwołującego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych tytułem zwrotu kosztu uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.
Przewodniczący.....

Sygn. akt KIO 2222/18

UZASADNIENIE

Zamawiający System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A., u. Topiel 12, 00-342 Warszawa, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie obsługi eksploatacyjnej części liniowej Systemu Gazociągów Tranzytowych - znak 2018/015/ZP

Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE: 2018/S 158-363359.

Postępowanie jest na etapie oceny wniosków w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający pismem z dnia 19 października 2018 r. poinformował wykonawców, iż wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnili warunki udziału w Postępowaniu.

Jeden z wykonawców Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa (dalej „Odwołujący”) pismem z dnia 24 października 2018 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania złożonej przez wykonawcę - konsorcjum Control Process S.A., Techmadex S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków.

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający pismem z dnia 26 października 2018 r. przesłał Odwołującemu skany następujących dokumentów:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Konsorcjum Control Process, z wyłączeniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 2) protokół postępowania aktualny na dzień 25.10.2018 r.

Biorąc pod uwagę zakres udostępnionych dokumentów wykonawca ten na powyższą czynność Zamawiającego wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu czynność zaniechania polegającą na nie udostępnieniu mu w pełnym zakresie informacji zawartych w treści Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a zastrzeżonych przez Konsorcjum firm w składzie Control Process S.A. (Lider Konsorcjum) oraz Techmadex S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Podnosząc powyższe zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.), poprzez zaniechanie czynności odtajnienia Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Control Process wraz z załącznikami (JEDZ pomiotów trzecich wraz z zobowiązaniami do udostępnienia zasobów), w zakresie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;

2. art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 PZP, poprzez nieprzekazanie dokumentów, które w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winny być jawne, co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jawności postępowania;

3. art. 51 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez dokonanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podaniu informacji o wynikach bez jednoczesnego udostępniania informacji zastrzeżonych, o których mowa w zarzucie pierwszym powyżej, co uniemożliwia Odwołującemu zapoznanie się z pełną treścią wniosku Konsorcjum Control Process S.A. i skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej, zmierzających do weryfikacji czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę podniesione zarzuty wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu odtajnienie Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Control Process oraz załączników, w zakresie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.:

- treść pkt 3. formularza „Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”,

-JEDZ dotyczący podmiotów trzecich,

-, zobowiązanie podmiotów 1 - 4,

-uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że brak odtajnienia dokumentów stanowiących podstawę do oceny przez Zamawiającego spełniania przez Konsorcjum Control Process warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiło weryfikację, czy faktycznie spełnia ono te warunki. Podkreślił, że Odwołujący w razie uznania, że konkurent warunków takich nie spełnia nie ma możliwości kwestionowania zaniechania wykluczenia danego wykonawcy.

W opinii Odwołującego, zaniechanie przez Zamawiającego czynności odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Control Process - w tym uzasadnienia zastrzeżenia części wniosku jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowi naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 oraz art. 7 ust.1 Pzp, a także art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.). Podkreślił, że wskazać należy, iż fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich jawność, zaś możliwość zastrzeżenia części wniosku/oferty stanowi jedynie wyjątek od ww. zasady. Samo zastrzeżenie obwarowane jest również szczególnymi wymaganiami, a brak umożliwienia Odwołującemu zapoznania się z częścią wniosków/ofert pozostałych Wykonawców może spowodować pozbawienie go rzeczywistej możliwości weryfikacji ich prawidłowości, a także weryfikacji zgodności z przepisami Pzp czynności podjętych przez Zamawiającego.

Podkreślił, że w niniejszym Postępowaniu, wobec braku ujawnienia treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Control Process, nie sposób ocenić, czy i w jakim stopniu zawarte w jej treści wyjaśnienia potwierdzają poufny charakter informacji. Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, zastrzeżone informacje dotyczące nazw podmiotów trzecich oraz ich zobowiązań powinny pozostać jawne. W tym zakresie przywołał wyrok KIO z dnia 13 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 90/17, KIO 112/17) w którym Izba stwierdziła, że „Brak możliwości zbadania treści zobowiązań, które mogą okazać się wadliwe, lub wykazów doświadczenia osób, co jest punktowane i przesądza o wyborze najkorzystniejszej oferty, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie prowadzenia postępowania. Podmiot trzeci, który udziela zasobu doświadczenia ma kluczową rolę w postępowaniu, nie mniejszą niż rola partnera konsorcjum. Informacja o tym, który podmiot udzieli doświadczenia danemu wykonawcy, jest informacją kluczową, która co do zasady musi być ujawniona, ponieważ stanowi element podstawowy związany z prymatem zasady jawności w postępowaniu. Zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter oświadczenia, które należy traktować na równi z oświadczeniami o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w kontekście możliwości jego ujawnienia, które co do zasady nie są tajne. Tak jak nie powinien być tajny JEDZ podmiotów trzecich i podwykonawców”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie jako bezzasadnego wskazując także, iż wniesione odwołanie należy uznać za przedwczesne, gdyż Zamawiający nie dokonał jeszcze pełnego badania dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów wskazał, iż istotnym w sprawie jest fakt, że w dniu 4 września 2018 r. doszło do zmiany definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz.1637).Dokonana nowelizacja rozszerza dotychczasowe pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, rozciągając ją również na informacje, które funkcjonują jako szczególnie istotne zestawienie lub zbiór, o ile oczywiście wcześniej nie występowały jawnie i nie zostały dotychczas upublicznione. Ustawa zmieniająca uznk. znajduje zastosowanie do niniejszego postępowania, pomimo, iż zostało wszczęte przed wejściem jej w życie, tj. przed 4 września 2018 r. Należy bowiem zwrócić uwagę na art. 15 ust. 1 ustawy zmieniającej uznk zgodnie z którym „Przepisy ustaw zmienianych w art. 1 i art. 3-14 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą stosuje się do oceny stanów faktycznych, zaistniałych po jej wejściu w życie”. Ponieważ art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - odnosi się bezpośrednio do „przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, tym samym nowa definicja tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje zastosowanie do oceny utajnienia informacji nawet w toku prowadzonego postępowania.

W nawiązaniu do powyższego podkreślił, że informacje dotyczące podwykonawców oraz podmiotów udostępniających swój potencjał niewątpliwie stanowią szczególne zestawienie informacji, biorąc pod uwagę, że na potrzeby poszczególnych postępowań krąg podmiotów współpracujących z wykonawcą się zmienia.

Odnosząc się do zarzutów wskazał, że Konsorcjum Control Process w sposób prawidłowy dokonał zastrzeżenia utajnionych dokumentów w momencie ich złożenia. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało bowiem złożone wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający poddał analizie złożone przez Przystępującego uzasadnienie odnośnie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących podwykonawców, tj. pkt 3 Wniosku, JEDZ podwykonawców oraz zobowiązań do udostępnienia potencjału. Po zweryfikowaniu uzasadnienia czynności utajnienia ww. informacji Zamawiający stwierdził iż Odwołujący wykazał wystąpienie przesłanek uznania zastrzeżonych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. :

- informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa

lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą,

- informacje te 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,

- wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Zamawiającego, informacje dotyczące podwykonawców oraz podmiotów udostępniających swoje zasoby wykonawcy stanowią informację o charakterze organizacyjnym dla przedsiębiorstwa oraz z pewnością posiadają wartość gospodarczą. Podkreślił, że niewątpliwie dane dotyczące kontrahentów wykonawcy oraz zasad współpracy pomiędzy tymi podmiotami stanowią informacje wrażliwe, które mogą być wykorzystane przez inne podmioty na niekorzyść wykonawcy. W tym zakresie na poparcie swojego stanowiska przywołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), a także sądów.

Wskazał także na okoliczność, że istotnym dla tego postępowania jest charakter tego zamówienia oraz rynku na którym funkcjonują podmioty z tej branży. Podał, że przedmiotowe zamówienie jest wysoce specjalistyczne, a sam rynek tego rodzaju usług jest niezwykle wąski. Zatem posiadany przez uczestników rynku potencjał (osobowy, czy w zakresie sprzętu) ma charakter unikalny i może budzić zainteresowanie konkurencji, podobnie jak ewentualne informacje dotyczące współpracy poszczególnych podmiotów. Uwzględniając powyższe podał, że istnieje realne zagrożenie podkupowania nie tylko pracowników, ale również kontrahentów. W związku z tym, informacje dotyczące nazw podwykonawców lub podmiotów winny być objęte klauzulą poufności. Podniósł, że w ocenie Zamawiającego, Przystępujący w wystarczający sposób uzasadnił, iż utajnione informacje mają wartość gospodarczą. Nie było konieczne przedstawianie dowodów na potwierdzenie tej okoliczności, zwłaszcza, że udowodnienie w tym zakresie jest z punktu

widzenia praktycznego znacznie utrudnione. W świetle powyższego, za wystarczające należało uznać przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie. Podał, że na podstawie złożonego przez Przystępującego uzasadnienia, Zamawiający wywnioskował, iż jego wolą było zachowanie przedmiotowych informacji w poufności.

O powyższym, zdaniem Odwołującego mają świadczyć podjęte przez Przystępującego działania, tj. konsekwentne utajnienie wszystkich dokumentów zawierających wrażliwe informacje, opisany szczegółowo system zabezpieczeń oraz charakter informacji. Zamawiający wziął pod uwagę, że utajnione informacje zostały pozyskane na skutek negocjacji z kontrahentami, które w praktyce, również objęte są obowiązkiem zachowania poufności. Mając na uwadze zatem również charakter informacji, Zamawiający uznał, że dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne.

Tym samym, Zamawiający na podstawie złożonego uzasadnienia, miał prawo do uznania, iż dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie informacji dotyczących podwykonawców, jest skuteczne i prawidłowe. W stosunku do wskazanych informacji występowały wszystkie przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 uznk., co było możliwe do ustalenia na podstawie szczegółowego uzasadnienia przedstawionego przez Przystępującego.

Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego wykonawca Konsorcjum: Control Process S.A., Techmadex S.A., poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania wskazując nadto na błędnie wskazaną podstawę prawną odwołania wskazując iż winna to być podstawa nie z art. 182 ust. 1 Pzp w rzeczywistości, kiedy z odwołania wynika, że mamy do czynienia z zarzutem na zaniechanie czynności Zamawiającego i tym samym powinien być wskazany przepis art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołane jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.. Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga kwestia, że stan faktyczny sprawy wynikający z treści odwołania i prezentowany przez strony na etapie rozprawy jest taki jak podany w odwołaniu, co skutkuje brakiem potrzeby ponownej jego prezentacji przez Izbę.

Na wstępie wskazać należy, że osią sporu pomiędzy stronami była kwestia prawidłowości zastrzeżenia przez Przystępującego prawie $\frac{3}{4}$ treści złożonego wniosku o dopuszczenie tegoż wykonawcy do etapu składania ofert w postępowaniu. Podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu do Zamawiającego wpłynęły tylko dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tj. wniosek Odwołującego i Przystępującego. Fakt ten powodował również sytuację, że brak było potrzeby badania i oceny wniosków celem ustalenia listy rankingowej wykonawców wnoszących o dopuszczenie ich do etapu składania ofert. Z tego powodu Zamawiający wywodził zarzut wobec odwołania, iż odwołanie jest nie tylko niezasadne, ale także przedwczesne, gdyż Zamawiający badanie złożonych wniosków/lub wniosku dokona dopiero po ustaleniu, która ze złożonych ofert wykonawców składających wnioski będzie oferta najwyższej oceniona i tylko ten wykonawca zostanie wezwany w trybie art. 26 ust.1 Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów w oparciu o które będzie weryfikowane także spełnianie warunków udziału. Tym samym Zamawiający wywodził, że dopiero na etapie po wezwaniu w trybie art. 26 ust.1 Pzp dokona oceny złożonych w odpowiedzi na wezwanie dokumentów i oświadczeń i stwierdzi, po pierwsze, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a po drugie, czy złożone oświadczenia i dokumenty zasługują na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Podkreślić należy stanowisko Zamawiającego w którym prezentował, iż na obecnym etapie postępowania badał tylko treść oświadczenia wykonawców o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Natomiast nie badał dokumentów mających tych fakt potwierdzać.

Powyższe stanowisko w stanie faktycznym tego postępowania nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż Przystępujący dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazywał się zasobami czterech podmiotów trzecich, a w takiej sytuacji dokumenty o których mowa w art. 26 ust.1 są składane wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z dokumentacji postępowania oraz samego stanowiska Zamawiającego zawartego w pisemnej odpowiedzi na odwołanie jednoznacznie wynikało, że Przystępujący dla wykazania spełnienia postawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu wymagał złożenia wraz z wnioskiem – pkt „10.8.1. dokumentu JEDZ, złożony zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 6.7 powyżej,

10.8.2. pełnomocnictwo do reprezentowania Wykonawcy (Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), o ile wniosek składa pełnomocnik,

10.8.3. zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia (jeśli dotyczy)”.
Tym samym, biorąc pod uwagę fakt polegania przez Przystępującego na zasobach podmiotów trzecich to Zamawiający posiadał już na etapie składania wniosków wymagane dokumenty dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tym samym twierdzenie, że będzie je posiadał dopiero po wezwaniu wykonawcy w trybie art. 26 ust.1 Pzp jest stanowiskiem rozmiągającym się z rzeczywistością.

Podkreślić należy, że zgodnie z przepisem art. 96 ust.3 Pzp - Protokół wraz z załącznikami jest jawny, a załączniki do Protokołu odnoszące się do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu *udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu*. Z powyższego należy wywieść wniosek, że niewątpliwym jest dla spełnienia powyższego wymagania, aby w sytuacji kiedy wykonawca zastrzegł część treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jako tajemnicę przedsiębiorstwa to Zamawiający był zobowiązany niezwłocznie do oceny prawidłowości zastrzeżenia przez Przystępującego. Tym samym zarzut przedwczesności złożonego odwołania jest niezasadny, bo Zamawiający dokumenty objęte treścią odwołania już posiadał i z treści informacji o dopuszczeniu wykonawców do składania ofert nie wynikało, że wnioskowane do udostępnienia oświadczenia i dokumenty nie były w dyspozycji Zamawiającego. Nadto z treści pisma Zamawiającego – odpowiedzi na odwołanie, jednoznacznie wynika, że Zamawiający takiego badania dokumentów i oświadczeń zawartych we wniosku Przystępującego już dokonał. Powyższe można jednoznacznie wywieść ze stanowiska Zamawiającego podanego na str. 4 odpowiedzi, gdzie wskazał, cyt. *”Zamawiający poddał analizie złożone przez Przystępującego uzasadnienie odnośnie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących podwykonawców tj. pkt 3 Wniosku, JEDZ podwykonawców oraz zobowiązań do udostępnienia potencjału. (...)W ocenie Zamawiającego, informacje dotyczące podwykonawców oraz podmiotów udostępniających swoje zasoby wykonawcy stanowią informację o charakterze organizacyjnym dla przedsiębiorstwa oraz z pewnością posiadają wartość gospodarczą”*.

Przed oceną merytoryczną zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U.

z 2018 r. poz. 419 ze zm.) Izba wskazuje, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem zarówno funkcjonowania systemu zamówień publicznych jak i zasadności wydatkowania na ten cel środków publicznych. Dlatego też zdecydowana większość orzecznictwa zarówno KIO jak i sądów uznaje, że tylko w sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość ograniczenia jawności postępowania i to wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek.

Izba stoi na stanowisku, że możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 4 (ob.2) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W tym zakresie wskazać należy, że w dniu 4 września 2018 r. weszła w życie ustawa z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018r poz. 1637). Transponuje ona do prawa polskiego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem. Skutkiem wejścia w życie noweli są zmiany w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.; dalej: u.z.n.k.) dotyczące m.in. art. 11 odnoszącego się do tajemnicy przedsiębiorstwa. Obecnie przepisem odnoszącym się wprost do tajemnicy przedsiębiorstwa jest przepis art. 11 ust.2 uznk, który stanowi, że: *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*.

Z ww. legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki- ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wskazać należy także, iż zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy, 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. Z powyższego przepisu wynika (wnioskowanie a contrario), że nie korzystają z ochrony (ujawnia się) zastrzeżone przez wykonawcę informacje, o ile wykonawca nie wykazał skutecznie zastrzegając je, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej. Podkreślić należy również to, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wyjaśnienie i wykazanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie (tak np. wyrok z 2 marca 2015r. sygn. akt KIO 279/15).

Podkreślić należy, że dla wymaganego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także wykazać ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji (por wyrok KIO z dnia 09.01.2018 r. sygn.. KIO 2633/17; z dnia 10 maja 2018 r. sygn.. KIO 783/18).

W nawiązaniu w ww. rozważań oraz treści zarzutów i stanowisk Zamawiającego i Przystępującego co do potrzeby wykazania zaistnienia przesłanek z art. 11 ust.2 uznk Izba uznała, po pierwsze, że brak jest jakichkolwiek podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia podstaw takiej czynności, a po drugie, brak jest w przedmiotowym uzasadnieniu wykazania, iż objęta tajemnicą część wniosku spełnia łącznie wymagania w zakresie wymaganym w przepisie art. 11 ust.2 uznk. Izba po analizie treści uzasadnienia uznała, że przedmiotowe uzasadnienie nie zawiera jakichkolwiek informacji mogących spełniać przesłanki w zakresie możliwości uznania, iż zawiera ono określone informacje spełniające łącznie trzy warunki, tj. że zawiera informacje mające charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa. Nie jest wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, kwestia ta musi zostać wykazana oraz winno być wykazane (a nie w sposób ogólny opisane), że ta informacja przedstawia pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Przystępujący w złożonym uzasadnieniu ograniczył się do ogólnikowych twierdzeń, że ustalenia w zakresie współpracy przystępującego z innymi podmiotami udzielającymi mu zasobów dla spełnienia warunków udziału mogą być przedmiotem podejmowania przez innych wykonawców „prób wrogiego przejścia” tych wykonawców przez inne podmioty z rynku. Mogą być także przyczyną „nękania” personelu wykonawcy celem przejścia go przez inny podmiot.

Izba uznaje także, że brak jest możliwości uznania za skuteczne wykazanie podstaw objęcia danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, poprzez przywoływanie tez z orzeczeń sądów czy też KIO, gdyż dotyczą one innych stanów faktycznych.

Powyższe stanowisko Izby zdaje się potwierdzać sam Zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie na str.11 podał, że *„Na podstawie złożonego przez Przystępującego uzasadnienia, Zamawiający wywnioskował, iż jego wolą było zachowanie przedmiotowych informacji w poufności*”. Niewątpliwym jest, że „ocena sytuacji na podstawie poszukiwania racji poprzez wnioskowanie” jest czymś innym niż spełnienie wymogu ustawowego z art 8 ust.3 Pzp dotyczącego „obowiązku wykazania” przez wykonawcę zaistnienia podstaw do podjęcia czynności objęcia tajemnicą określonych treści Wniosku.

Tym samym Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał zaistnienia podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa opisaną w zarzucie odwołania części Wniosku Przystępującego, co winno było skutkować czynnością Zamawiającego brakiem uznania zastrzeżonych treści jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba dokonała także oceny pozostałej treści zastrzeżonej części Wniosku Przystępującego i uznała, że treści tam zawarte nie zawierają łącznie przesłanek wskazanych w art. 11 ust.2 uznk, które uzasadniałyby możliwość skutecznego zastrzeżenia zawartych tam Informacji. Stwierdzić należy także, że ww. część oferty zawiera w zdecydowanej

większości takie informacje, których w żaden sposób nie można przypisać do takich które mają/mogą mieć ma charakter techniczny technologiczny czy organizacyjny, mogących przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy.

Izba uznała, że nie jest dopuszczalne zastrzeganie całości dokumentu oferty w którym ewentualnie taka tajemnica może być zawarta, bo to dyskwalifikuje zastrzeżenie tego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa w całości. Wskazać należy, iż ani Zamawiający, ani Izba nie jest uprawniona do wskazywania która treść zawarta w dokumencie, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. To na wykonawcy spoczywa ciężar właściwego zastrzeżenia i wykazania, że dokonane zastrzeżenie jest obiektywnie zasadne. Istotne jest przede wszystkim precyzyjne wskazanie, które informacje podlegają zastrzeżeniu. Niedopuszczalne jest zastrzeganie całości dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeśli tylko pewna jego treść taką tajemnicę stanowi. (podobnie wyrok KIO 2633/17).

Reasumując Izba uznała, że nie został spełniony wymóg z art. 8 ust.3 Pzp dotyczący wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak wykazania spełnienia przesłanek z art. 11 ust.2 uzna skutkuje brakiem możliwości uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa niezależnie od treści zawartej w samych zastrzeganych oświadczeniach, czy też dokumentach wniosku/oferty. Wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy winno nastąpić na etap składania wniosku/oferty.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w zakresie przepisów wskazanych w zarzucie nr 1 i 3 odwołania.

Izba orzekła, jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: