

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 23 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 r. 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum Firm:

1) Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o. (Lider), 2) Drukarnia POZKAL Sp. z o.o. Sp. Kom., 3) Toruńskie Zakłady Graficzne ZAPOLEX Sp. z o.o., z adresem dla siedziby lidera: ul. Fort Wola 22, 01-258 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Centralną Komisję Egzaminacyjną, ul. M. Edelmana 6, 00-190 Warszawa

przy udziale wykonawcy Samindruk Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia częściowo odwołanie, tzn. częściowo w zakresie obu zarzutów zawartych w odwołaniu i nakazuje Zamawiającemu odtajnienie oferty Przystępującego, czyli Samindruk Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica z 12.07.2018 r. w zakresie informacji w postaci oznaczenia podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Przystępujący: w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów podmiotu, na którego zasoby powołuje się Przystępujący oraz w formularzu JEDZ i odpisie KRS podmiotu, na którego zasoby powołuje się Samindruk Sp. z o.o. . W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Samindruk Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Konsorcjum Firm: 1) Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o. (Lider), 2) Drukarnia POZKAL Sp. z o.o. Sp. Kom., 3) Toruńskie Zakłady Graficzne ZAPOLEX Sp. z o.o., z adresem dla siedziby lidera: ul. Fort Wola 22, 01-258 Warszawa

tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Samindruk Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica na rzecz Konsorcjum Firm: 1) Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o. (Lider), 2) Drukarnia POZKAL Sp. z o.o. Sp. Kom., 3) Toruńskie Zakłady Graficzne ZAPOLEX Sp. z o.o., z adresem dla siedziby lidera: ul. Fort Wola 22, 01-258 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) 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 1550/18

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: "Druk i dystrybucja materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2019 i 2020 roku, tj.: egzaminu ośmioklasisty, egzaminu gimnazjalnego, egzaminu maturalnego, centralnego egzaminu wstępnego, egzaminu eksternistycznego" (nr CKE/3/2018) , zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2018/S 077 - 171186 z 20.04.2018 r., przez Centralną Komisję Egzaminacyjną, ul. M. Edelmana 6, 00-190 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 25.07.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o częściowym odtajnieniu dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa złożonych przez Samindruk Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica zwany dalej: „Samindruk Sp. z o.o.” albo „Samindruk” albo „Przystępującym” - m. in. Konsorcjum Firm: 1) Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o. (Lider), 2) Drukarnia POZKAL Sp. z o.o. Sp. Kom., 3) Toruńskie Zakłady Graficzne ZAPOLEX Sp. z o.o., z adresem dla siedziby lidera: ul. Fort Wola 22, 01-258 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum WZK” albo „Odwołującym”.

W dniu 06.08.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum WZK wniosła odwołanie na czynność z 25.07.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 06.08.2018 r. (e-mailem). Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

a) art. 8 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm. dalej: „ustawa znk”), poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów złożonych wraz z ofertą Samindruk, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk;

b) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania, w szczególności poprzez uniemożliwienie wglądu w treść oferty, w zakresie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Samindruk i poddanie ich treści weryfikacji przez Odwołującego; jak również poprzez:

— nieuwzględnienie wyjątkowego charakteru możliwości utajnienia informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, choć podstawową zasadą tego postępowania jest jawność, co wynika również z potrzeby zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

— nieuwzględnieniu charakteru - specyfiki informacji, jaką zastrzegł Samindruk jako tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że jest to nazwa, dane podmiotu, na którego zasoby Samindruk się powołuje w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zakres udostępnienia tych zasobów, które to są informacjami podstawowymi, kluczowymi w postępowaniu, w tym zgodności oferty z SIWZ,

— błędnym uznaniu, że zastrzeżone przez Samindruk informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk, bez wskazania uzasadnienia tego stwierdzenia i podczas gdy:

- Samindruk nie wykazał spełnienia przesłanek wymaganych dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz złożył jedynie oświadczenia w tym przedmiocie,
- dane o podmiocie, na którego zasoby powołuje się wykonawca w ramach zamówienia publicznego i zakresu tej pomocy stanowią informację publiczną, udostępnianą na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej;
- informacje dotyczące profesjonalnych podmiotów, w tym ich możliwości produkcyjnych, zakresu posiadanych zasobów produkcyjnych, są udostępniane do wiadomości publicznej, m.in. na portalach internetowych przedsiębiorców, zatem nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,
- informacje dotyczące zasobów, jakimi dysponuje Samindruk, a które byłyby mu niezbędne do wykonania analogiczne zamówienie publiczne na rzecz CKE, czy wykazania się doświadczeniem na potrzeby postępowania, są znane Odwołującemu, albowiem Odwołujący, jak i Samindruk złożyli ofertę w ramach zeszłorocznego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz CKE na analogiczny z obecnym przedmiot zamówienia oraz pozyskał te informacje w ramach postępowania w przedmiocie odwołania na treść SIWZ ogłoszonego w tegorocznym przetargu CKE na druk egzaminów ogólnych - zatem nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa;

co skutkowało niezasadnym nieodtajnieniem oferty Samindruk z 12.07.2018 r. złożonej w postępowaniu - w zakresie informacji w postaci oznaczenia podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Samindruk oraz zakresu udostępnienia tych zasobów przez podmiot trzeci.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 Pzp, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia oferty Samindruk z 12 lipca 2018 r. złożonej w postępowaniu - w zakresie informacji w postaci oznaczenia podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Samindruk oraz zakresu udostępnienia tych zasobów przez podmiot trzeci sformułowanych: w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów podmiotu, na którego zasoby powołuje się Samindruk oraz w formularzu JEDZ i odpisie KRS podmiotu, na którego zasoby powołuje się Samindruk.

W dniu 25.07.2018 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o nieodtajnieniu w części oferty Samindruk, tj. w zakresie umożliwiającym identyfikację podmiotu, na którego zasoby powołuje się Samindruk i zakresu udostępnionych przez ten podmiot zasobów. Zamawiający uznał, że ww. dane posiadają wartość gospodarczą i spełniają przesłanki niezbędne do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że ujawnia treści pisma zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy wyjaśniając, że zawiera ono „stwierdzenia odnoszące się do wykazania spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - sentencje wyroków, których treść jest powszechnie jawna i znana i ogólnikowe uzasadnienia niestanowiące informacji technicznych, technologicznych organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą”. Samindruk w piśmie z 12.07.2018 r. przedstawił uzasadnienie (zdaniem Odwołującego niewystarczające i niepotwierdzające zaistnienie przesłanek określonych w ustawie znk) zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując m.in., że:

1. wystarczające jest oświadczenie, iż informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
2. podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się Samindruk jest jego kontrahentem, z którym wiąże go umowy zawierające klauzule poufności i którego dane są niejawne i przedstawiłone wyłącznie na użytek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stąd zasadne jest utajnienie jego nazwy;
3. współpraca z podmiotem trzecim i jego potencjał, wiedza i doświadczenie - zdolności techniczne i zawodowe, nie zostały podane do publicznej wiadomości, a informacje wskazywane w wykazach usług czy referencjach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
4. ujawnienie zastrzeżonych informacji skutkowałoby obnażeniem potencjału technologicznego, produkcyjnego Samindruk i podmiotu, na którego zasoby się powołuje;
5. podjął środki niezbędne do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

ZASADA JAWNOŚCI POSTĘPOWANIA

1. W myśl art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wedle treści art. 8 ust. 1-3 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych

z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania. 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. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy znk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

2. Z powyższych zapisów Pzp oraz ustawy znk wynika niekwestionowana podstawowa zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli zasada jawności, która posiada fundamentalny charakter z uwagi na potrzebę zapewnienia uczciwej konkurencji i równości wykonawców. Natomiast odstępstwo od niej możliwe jest jedynie na zasadzie wyjątku i tylko w sytuacjach określonych w ustawie. W podobnym tonie wypowiada się judykatura wskazując, że: „Możliwość zastrzeżenia niektórych, załączonych do oferty informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od tej zasady musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób. Wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą być uzasadnione i udowodnione” (wyrok KIO z 18.01.2018 r., sygn. akt: KIO 55/2018).

3. Odnosząc powyższe do rozpoznawanej sprawy dostrzec należy, że Zamawiający nie uwzględnił wyjątkowego charakteru możliwości zastrzeżenia tajemnicy przez Samindruk i nie zbadał, ani specyfiki informacji zastrzeżonych, ani nie odniósł się do poszczególnych wymogów ustawy znk (przewidzianych dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), dokonując ich oceny, lecz ograniczył do ogólnego, niewyjaśnionego stwierdzenia, że posiadają one wartość gospodarczą i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Niewątpliwie tak dalece lakoniczne uzasadnienie działania Samindruk, jak i Zamawiającego należy uznać za nieprawidłowe, albowiem w szczególności utrudnia sformułowanie konkretnych zarzutów stawianych zaskarżonemu rozstrzygnięciu.

SPECYFIKA INFORMACJI ZASTRZEŻONYCH PRZEZ SAMINDRUK

1. Nie ulega wątpliwości, że każdy wypadek zastrzeżenia tajemnicy należy oceniać in concreto, z uwzględnieniem okoliczności rozpoznawanej sprawy i niewątpliwie także przez pryzmat specyfiki zastrzeżonych informacji.

2. Samindruk w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przytacza szereg stanowisk wyrażanych w literaturze i orzecznictwie w sposób wybiórczy lub przytacza wypowiedzi, które nie pozostają one adekwatne do niniejszej sprawy. Dotyczą one bowiem zastrzegania danych zawartych w wykazach usług/danych, czy referencjach - nie dotyczących podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca. Przy czym zaznaczyć trzeba, że w rozpoznawanej sprawie zastosowanie ma procedura odwrócona i Zamawiający nie wybrał jeszcze najkorzystniejszej oferty. W związku z tym nie były również przedkładane przez żadnego z wykonawców ani wykazy usług/dostaw, ani referencje, a postępowanie znajduje się w fazie początkowej. W rozpoznawanej sprawie - co należy uwypuklić - tajemnicy przedsiębiorstwa, w błędnej ocenie Samindruk, ma podlegać nazwa i dane podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Samindruk w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz zakres udostępnienia przez ten podmiot zasobów.

3. Podkreślenia wymaga, że ranga ww. podmiotu dla oceny spełnienia warunków przewidzianych w SIWZ, możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, jest kluczowa i dalece większa niż rola podwykonawcy, czy kontrahenta, którego zamówienie Samindruk podaje w wykazach usług/dostaw, referencjach wskazując na spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W razie nawet kumulacji tych ról, ewidentnym jest, że podstawową, najistotniejszą „funkcją” tego tzw. podmiotu trzeciego w postępowaniu - jest „funkcja” podmiotu, na którego zasoby powołuje się Samindruk. Ma ona bowiem w pierwszym rzędzie decydujący wpływ na rozstrzygnięcie o uzyskaniu zamówienia i jest to jedna z podstawowych danych zawartych w ofercie. Jeśli bowiem wykonawca nie posiada odpowiedniego doświadczenia, potencjału oczekiwanego przez zamawiającego, potrzebnego dla wykonania danego zamówienia i nie posiada ważnego, skutecznego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów - nie może złożyć oferty zgodnej z SIWZ, co stanowi zagadnienie badane a priori. W razie zaistnienia takiej sytuacji, bez znaczenia jest, z pomocy jakich podwykonawców zamierza korzystać i jakie usługi wskazuje w wykazie usług.

4. Szczególna pozycja podmiotu, o którym mowa, wynika wprost z ustawy, która statuuje względem niego pozycję dalece zbliżoną do pozycji wykonawcy - członka konsorcjum.

W stosunku do podmiotu, na którego zasoby powołuje się Samindruk, Zamawiający bada czy nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 Pzp. Ocena także, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Istotna pozostaje także solidarna odpowiedzialność Samindruk i podmiotu, na którego zasoby się powołuje określona w art. 22a ust. 5 Pzp.

5. Wnioski analogiczne do powyższych zostały wyrażone w orzecznictwie, gdzie wskazuje się, 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 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 podstawowa związana 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. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej niż samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.” (wyrok KIO z 13.02.2017 r., sygn. akt: KIO 90/17; KIO 112/17).

NIE WYKAZANIE TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA PRZEZ SAMINDRUK

1. Przytoczona na wstępie regulacja art. 8 ust. 3 Pzp jednoznacznie stanowi o obowiązku wykazania, czyli udowodnienia istnienia przesłanek uznania konkretnej informacji za informację niejawną w rozumieniu ustawy znk. Twierdzenie, iż wystarczające jest w tym zakresie bazowanie tylko na oświadczeniach wykonawcy, nieopartych żadnymi dowodami, stanowi wykładnię contra legem, sprzeczną z jasnym, literalnym brzmieniem przepisu.

2. W podobnym tonie stanowisko wyraża KIO: „Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 4 ust. 4 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p., oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie”. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 lutego 2018 r., KIO 200/2018). Szczególnie przy tym akcentuje się, że nietrudną możliwość dowiedzenia, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, itp.). (wyrok KIO z 16.02.2018 r., sygn. akt: KIO 200/2018)

3. Podkreśla się, iż ratio legis art. 8 ust. 3 Pzp, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (wyrok KIO z 05.02.2018 r., sygn. akt: KIO 126/2018).

4. W powyższym kontekście należy dojść do przekonania, iż Samindruk nie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Samindruk - a za nim Zamawiający - bazują wyłącznie na gołosłownych, nieopartych niczym oświadczeniach dotyczących: rzekomej wartości gospodarczej danych, niepodania ich do wiadomości publicznej, czy podjęcia środków mających na celu ochronę tajemnicy. Sam Zamawiający w swoim piśmie zwrócił uwagę, że pismo Samindruk zawiera ogólnikowe uzasadnienie. W zaistniałym stanie rzeczy jedynie oświadczenia Samindruk, na potwierdzenie których nie przedstawia żadnych dowodów czy konkretnych faktów, nie mogą zostać za wystarczające dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy - zwłaszcza informacji o tak fundamentalnym znaczeniu dla postępowania. Znaczenia nie powinna mieć bowiem jedynie obszerność uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, skoro odnosi się do nieadekwatnych zapatyrywań literatury i orzecznictwa lub przywołuje szereg okoliczności, które jednak nie zostały w żadnej mierze udowodnione czy odniesione do konkretnego stanu faktycznego postępowania. Pozostaje to o tyle znamienne, że w przypadku wielu okoliczności Samindruk nie powinien

mieć trudności z przedstawieniem odpowiednich dokumentów lub chociażby konkretnych wyjaśnień. Co więcej Samindruk wskazuje, że ma posiadać takie dokumenty, jednak nie przedstawia ich ponieważ zawierają dane objęte tajemnicą. Uwzględnienie przedstawionej argumentacji oznaczałoby uznanie za właściwej absurdalnej tezy, iż dla wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa odpowiednie byłoby przedstawienie tylko oświadczeń i zaniechanie przedstawienia dowodów, ponieważ treści z nich wynikające są objęte tajemnicą. Tymczasem nie ulega wątpliwości, że Samindruk jest zorientowany w tym, iż może zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa również treść dokumentów przedkładanych na potwierdzenie jej istnienia.

5. Samindruk wskazał, że zastrzega tajemnicę co do nazwy podmiotu, na którego zasoby się powołuje, albowiem jest to podmiot prywatny, jest kontrahentem Samindruk i zawarł z nim umowę zawierającą klauzulę poufności. Samindruk nie przedłożył żadnego dowodu na tę okoliczność, lecz po raz wtóry posiłkuje się wyłącznie swoim jednostronnym oświadczeniem. Zwrócił uwagę na specyficzną pozycję podmiotu, na którego zasoby powołuje się Samindruk i wskazać jak nieskuteczne jest umowne wyłączenie jawności co do nazwy np. jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o wykonanie zamówienia, tak i nie powinno być to uznawane za skuteczne w wypadku podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca, zwłaszcza że podmiot ten składa zobowiązanie do udostępnienia zasobów na potrzeby konkretnego postępowania, zatem tak on, jak i Samindruk winni liczyć się z tym, że dane o ich współpracy i jej zakresie w ramach danego zamówienia publicznego zostaną ujawnione. Nie ulega bowiem wątpliwości, że informacje odnoszące się do przebiegu realizacji zamówienia publicznego oraz z zakresu gospodarowania środkami publicznymi, są informacjami publicznymi podlegającymi udostępnieniu. [„Stosownie do treści art. 1 ust. 1 i art. 6 u.i.d.p., informacją publiczną jest każda informacja o sprawach publicznych, a w szczególności o sprawach wymienionych w art. 6 u.d.i.p. Zatem ustawowe ujęcie "informacji publicznej" zawarte w tych przepisach jest bardzo szerokie. Uwzględniając konstrukcję ustawową "informacji publicznej" oraz kierując się wyrażoną w art. 61 Konstytucji RP gwarancją do uzyskania tej informacji, powszechnie przyjmuje się, że informacją publiczną w rozumieniu ustawy jest każda wiadomość wytworzona lub odnoszona do władz publicznych, a także wytworzona lub odnoszona do innych podmiotów wykonujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań władzy publicznej i gospodarowania mieniem komunalnym lub mieniem Skarbu Państwa.” (wyrok NSA z 05.07.2017 r., sygn. akt: I OSK 2693/15)]. Co znamienne, Samindruk nie zastrzegł danych żadnego ze swoich podwykonawców, ani zakresu prac, jakie mieliby wykonać w razie uzyskania zamówienia publicznego.

DOSTĘP DO INFORMACJI ZASTRZEŻONYCH

1. Samindruk uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy wskazał, że jest ono niezbędne w celu uniemożliwienia ustalenia przez konkurencję zasobów, jakimi dysponuje Samindruk i podmiot, na którego zasoby się powołuje.

2. Informacje te nie stanowią informacji niejawnych, albowiem wynikają z danych uwidocznionych na stronach internetowych przedsiębiorców. Samindruk prowadzi własny portal internetowy, na którym obszernie informuje o wykonywanych przez siebie usługach, wobec czego nietrudne jest ustalenie, jakiego rodzaju prace mogą nie być przez niego wykonywane i jakiego doświadczenia nie posiada.

3. W tym kontekście trzeba zaznaczyć, że od zeszłego roku Odwołujący wraz z Samindruk składają oferty w tym samych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na druk egzaminów ogólnych na rzecz CKE. W ramach tych postępowań Zamawiający kierował do Samindruk liczne wezwania do wyjaśnień i Samindruk nie zastrzegał tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do treści podawanych w wyjaśnieniach. Kilukrotnie kierowano także do KIO odwołania od czynności Zamawiającego. W ramach tych postępowań Odwołujący pozyskał wiedzę o podwykonawcach Samindruk z których korzysta w ramach realizacji tego zamówienia, jego potencjałe technologicznym, produkcyjnym, możliwościach wykazania się doświadczeniem oczekiwanym przez CKE w ramach tegorocznego postępowania. Wiedzę na ten temat Odwołujący czerpał w szczególności z:

- w odniesieniu do zamówienia zeszłorocznego - umowy konsorcjum, oferty Samindruk i załączników do niej - zwłaszcza wykazu usług/dostaw, referencji, a także wyjaśnień

Samindruk i załączników do nich oraz oświadczeń i dowodów przedkładanych na rozprawie przed KIO o sygn. akt: KIO 2722/17 (tj. wykaz usług/dostaw i referencje,

wyjaśnienia Konsorcjum Samindruk/CZG sp. z o.o. składane na wezwania

Zamawiającego, odwołanie Odwołującego wraz z załącznikami, pisma Odwołującego składane przed KIO wraz z załącznikami, protokół rozprawy przed KIO wraz z dowodami z dokumentów przedkładanymi na rozprawie przed KIO);

- w odniesieniu do zamówienia tegorocznego - odwołania Samindruk od treści SIWZ, oświadczeń i dowodów przedkładanych na rozprawie przed KIO w sprawie o sygn. akt 829/18, (tj. odwołanie Samindruk oraz pismo złożone przed KIO przez to Konsorcjum, a także protokół rozprawy przed KIO wraz z dowodami z dokumentów przedkładanymi na rozprawie przed KIO).

Samindruk nie podjął wystarczających kroków, w celu ochrony informacji dotyczących tzw. podmiotu trzeciego jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Stąd też informacje dot. potencjału Samindruk i podmiotu, na którego zasoby się powołuje nie mogą uchodzić za tajemnice przedsiębiorstwa. (dowód: informacje znane z urzędu - dokumenty znajdujące się w aktach postępowań prowadzonych pod sygn. akt: KIO 829/18, KIO 2167/17, KIO 2722/17)

4. Konsekwencją ww. uchybień Zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów Pzp pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad.

Zamawiający w dniu 06.08.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.08.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Samindruk Sp. z o.o., zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się

z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Niezasadne uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sformułowanego przez Samindruk co do nazwy, danych podmiotu, na którego zasoby się powołuje i zakresu jego pomocy, wpływa na możliwość zbadania, kontestowania poprawności oferty konkurencyjnego podmiotu. Co istotne, podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się Samindruk został wskazany w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nieuzyskanie informacji o danych identyfikujących ten podmiot i zakresie udostępnionych przez niego zasobów utrudnia Odwołującemu wykazanie niezgodności oferty z SIWZ, niespełnienia przez Samindruk warunków udziału w postępowaniu, czy istnienia podstaw do wykluczenia Samindruk. Tym samym, Zamawiający naruszył interes Odwołującego w postępowaniu, ponieważ zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa elementów oferty uniemożliwia Odwołującemu realizację podstawowego uprawnienia wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest prawo do kontroli prawidłowości czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Jak wskazano w wyroku KIO z 01.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 6/10, naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem, a tym samym w świetle orzecznictwa naruszenie zasady jawności skutkuje naruszeniem interesu w rozumieniu art. 179 ust 1 Pzp i może stanowić podstawę do skorzystania przez wykonawcę z przysługujących mu w tym zakresie środków ochrony prawnej.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z treści postanowień SIWZ, treści oferty Przystępującego, JEDZa-a Przystępującego, uzasadnienia Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 12.07.2018 r., zobowiązania do udostępnienia zasobów z 11.07.2018 r. (częściowo tajemnica przedsiębiorstwa - co do oznaczenia podmiotu trzeciego oraz zakresu udostępnionych

zasobów), JEDZ-a podmiotu trzeciego z 12.07.2018 r. (częściowo tajemnica przedsiębiorstwa - co do oznaczenia podmiotu trzeciego oraz zakresu udostępnionych zasobów) oraz KRS-u - podmiotu trzeciego (w całości tajemnica przedsiębiorstwa), jak i pisma Zamawiającego skierowanego do Odwołującego z 25.07.2018 r. (do Przystępującego 20.07.2018 r.) o częściowym odtajnieniu dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa złożonych przez Samindruk Sp. z o.o.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- protokół z posiedzenia i rozprawy w sprawie o sygn. akt: KIO 829/18.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Jednocześnie, podczas posiedzenia Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględni w całości zarzuty zawarte w odwołaniu. Z kolei, Przystępujący po stronie Zamawiającego - w odpowiedzi na uwzględnienie w całości - złożył na posiedzeniu sprzeciw.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- a) art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy znk, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów złożonych wraz z ofertą Samindruk, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk;
- b) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania, w szczególności poprzez uniemożliwienie wglądu w treść oferty, w zakresie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Samindruk i poddanie ich treści weryfikacji przez Odwołującego.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania. Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności jedynie częściowego, a nie całkowitego odtajnienia przez Zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa a złożonych przez Samindruk Sp. z o.o. wraz z ofertą z 12.07.2018 r. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba uznała niniejszy zarzut częściowo zasadny, co skutkowało uwzględnieniem całego odwołania.

W pierwszej kolejności, Izba podkreśla, że w pełni podziela stanowisko prezentowane w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) gdzie wskazano, m.in.: „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.”

Nadto, Izba wskazuje, że zgodnie z orzecnictwem za wyrokiem KIO z 15.05.2015 r. (sygn. akt: KIO 907/15): "(...) aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 P.z.p. nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w tym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który ma obowiązek zarówno wskazać zakres informacji niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazać, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa." Jednocześnie, w tym samym wyroku - w zakresie konieczności wykazania przez Wykonawcę, że zastrzeżone informacje, niepodlegające ujawnieniu, mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa Izba podkreślała, że; "poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w takiej sytuacji ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym tych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby

one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., rozpatrywanego w

oderwaniu od art. 8 ust. 3 P.z.p. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego

wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej.

Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 P.z.p. oznacza, że de facto wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. U ust. 4 u.z.n.k."

Podobnie Izba stwierdzała w wyroku KIO z 13.03.2018 r., sygn. akt: KIO 315/18: „(...) zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego Wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże.

A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia /okoliczność takich ograniczeń

przywołana/ co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone

dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Albo złożony w ograniczonym zakresie - fragmentu, wyciągu, pierwszej stronie, bez podania danych osobowych, z klauzulą poufności. Izba podnosi za wyrokiem KIO z 10.03.2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16: „Dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd. Na konieczność wykazania jednoznacznie wskazywano w toku prac nad znowelizowaniem tego przepisu m.in. podczas prac podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia: poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych - plik wideo z 21.03.2014 r. - plik wideo z 10.VII.2014 r.”.

Z tych względów Izba uznał przykładowo w wyroku KIO z 27.06.2018 r., sygn. akt: 1173/18, że: „Wykonawca wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia. Dołączył także dowody w zakresie podjęcia w stosunku do nich niezbędnych działania w celu zachowania poufności.”.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. że:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W przedmiotowym stanie faktycznym jeśli można uznać wykazanie dwóch pierwszych przesłanek, to biorąc pod uwagę konieczność wymiernego udowodnienia, które nie ma charakteru gołosłownego - podjęcia w stosunku do danej informacji niezbędnego działania w celu zachowania poufności, Izba nie utrzymała w całości stanu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdzonego przez Zamawiającego w piśmie z 25.07.2018 r.

Uznając, że Przystępujący nie wykazał, że podjął w stosunku do oznaczenia

podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się niezbędnego działania w celu zachowania poufności.

Przystępujący w ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 12.07.2018 r. stwierdził, że podjął następujące działania w zakresie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa: " (...)

- 1) zastrzeganie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których Spółki biorą udział;
- 2) ograniczenie kręgu osób, które mają dostęp do ww. informacji do niezbędnego minimum;
- 3) zobowiązanie pracowników do zachowania poufności;
- 4) przypomnienie osobom zatrudnionym na podstawie umów cywilnoprawnych o celu zawartych umów, a także o tym, iż „ważne powody” wypowiedzenia umowy zlecenia w rozumieniu art. 746 § 1 Kodeksu cywilnego, to przede wszystkim utrata zaufania potrzebnego do dalszego wykonywania świadczenia oraz działania, które tą utratę zaufania uzasadniają;
- 5) szkolenie nowo przyjmowanych pracowników pod kątem postępowania z informacjami opatrzonymi klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”;
- 6) wprowadzenie specjalnej procedury postępowania odnośnie informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”;
- 7) ustanowienie wysokich kar umownych za naruszenie klauzul dotyczących poufności.”.

Jednakże, nie załączono do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 12.07.2018 r. żadnego dokumentu z załączonej listy działań. Nawet, pobeżna ich lektura pozwala dostrzec, iż np. ewentualne załączenie programu szkolenia pod kątem tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinno stanowić większego problemu. W ocenie Izby było możliwe załączenie wyciągu z umowy łączącej Przystępującego zawierającej klauzulę poufności lub fragmentu dotyczącego kar umownych, czy też wprowadzenie specjalnej procedury postępowania odnośnie informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. W tym ostatnim wypadku - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje.

W konsekwencji Izba nakazał w sentencji - odtajnienie oferty Przystępującego w zakresie informacji w postaci oznaczenia podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Przystępujący: w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów podmiotu, na którego zasoby powołuje się Przystępujący oraz w formularzu JEDZ i odpisie KRS podmiotu, na którego zasoby powołuje się Samindruk Sp. z o.o.

Izba utrzymała tajemnice przedsiębiorstwa - w zakresie udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci na rzecz Przystępującego - z uwagi na literalną treść klauzuli poufności znajdującej się na str. 2 - zobowiązania do udostępnienia zasobów z 11.07.2018 r.: „Niniejszym oświadczamy, iż informacje dotyczące współpracy pomiędzy Wykonawcą a Podmiotem w ramach Postępowania oraz informacje dotyczące udostępnionych dokumentów przekazane Wykonawcy przez Podmiot w związku z Postępowaniem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym przeznaczone są wyłącznie do wiadomości Zamawiającego i nie mogą być ujawniane oraz nie mogą być udostępniane innym wykonawcom i podmiotom trzecim. W związku z powyższym Wykonawca jest zobowiązany do zastrzeżenia i przestrzegania ich poufności.”.

Izba podkreśla, że w treści klauzuli nie ma ani jednego słowa o objęciu poufnością oznaczenia podmiotu trzeciego. Z uwagi na daleko idące konsekwencje wynikające z tajemnicy przedsiębiorstwa Izba nie będzie dokonywała wykładni rozszerzającej z dalszej części klauzuli która odnosi się do informacji dotyczących udostępnionych dokumentów przekazanych Wykonawcy przez podmiot w związku z postępowaniem. Wykonawcy są profesjonalistami i nie pierwszy raz uczestniczą w postępowaniu o zamówienia publiczne. Użyte ogólne sformułowania odnoszą się do dokumentów a nie ściśle do oznaczenia podmiotu trzeciego.

Jednocześnie decydujące znaczenie klauzuli poufności - Izba przyjęła z uwagi na stanowisko doktryny - Stanisława Sołtyśńskiego, (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab., Janusz Szwaja, wyd. III, 2013): „Posługiwanie się klauzulami poufności przez dysponenta tajemnicy (przedsiębiorcę) stanowi również dowód dokonania przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, które zmierzają do zachowania stanu tajemnicy.”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu drugiego, Izba uznała go za częściowo zasadny, z uwagi na częściową zasadność pierwszego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy znk.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący: