

Sygn. akt KIO/KU 76/19

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 13 grudnia 2019 roku

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z dnia 20 listopada 2019 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Złotoryja

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 7 listopada 2019 r. (znak UZP/DKZP/WKZ5/420/271(15)/19/KO dot. KU/132/19/DKZP, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

„Budowa obiektów małej retencji w Nadleśnictwie Złotoryja”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Członkowie: Irmina Pawlik

Katarzyna Prowadzisz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Złotoryja (dalej jako „Zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa obiektów małej retencji w Nadleśnictwie Złotoryja.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 kwietnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 084-198310. W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”) w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „u.z.n.k.”) poprzez niepoinformowanie Wykonawcy Przedsiębiorstwa Transportowo-Budowlanego sp. z o.o. (dalej jako „Wykonawca”) o nieuznaniu przedłożonych dokumentów oraz wyjaśnień jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, poprzez niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazał, że z dokumentacji kontrolowanego postępowania, wynika że pismem z dnia 12 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę Przedsiębiorstwo Transportowo Budowlane Sp. z o.o., że cena oferty złożonej na Część 4 zamówienia (Pakiet IV) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami. Ponadto jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W związku z powyższym, Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał ww. Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wskazanych w przedmiotowym piśmie przykładowych czynników, które mogły mieć wpływ na wysokość ceny.

W dniu 17 lipca 2019 r. Wykonawca Przedsiębiorstwo Transportowo - Budowlane Sp. z o.o. w odpowiedzi na powyższe wezwanie udzielił wyjaśnień oraz załączył dowody. Jednocześnie Wykonawca zastrzegł na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp treść przedmiotowego pisma wraz z załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa cyt.: „Ponadto na podstawie art. 8 ust, 3 ustawy Pzp zastrzegamy treść niniejszego pisma wraz ze

wszystkimi załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy z dn. 16.04.1993 r.”.

W toku prowadzonej kontroli, Zamawiający został poproszony o wyjaśnienie, na jakiej podstawie uznał, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Transportowo — Budowlane Sp. z o.o. w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zostało dokonane przez ww. Wykonawcę w sposób skuteczny.

Odpowiadając na powyższe Zamawiający wyjaśnił m.in., że cyt.: Zamawiający informuje, że nie uznał dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia za skuteczne. (...) Brak wykazania przez Wykonawcę, iż zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa zwalnia Zamawiającego z obowiązku utrzymywania informacji w tajemnicy i tym samym powoduje obowiązek Zamawiającego do udostępnienia takiej informacji na żądanie wszystkich zainteresowanych uzyskaniem dostępu do nich. Zamawiający informuje, iż nie przekazał informacji o uznaniu, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę jest nieskuteczne i podjęciu decyzji o ich odtajnieniu tylko dlatego, że żaden z Wykonawców nie zwrócił się do niego o udostępnienie tych informacji. W sytuacji, gdyby doszło do takiej sytuacji, to przed ich udostępnieniem Zamawiający poinformowałby Wykonawcę o uznaniu dokonanego przez niego zastrzeżenia za nieskuteczne i odtajnieniu zastrzeżonych przez niego informacji. Nie było w postępowaniu sytuacji, że Zamawiający odmówił komuś dostępu do złożonych przez Wykonawcę w dniu 17 lipca 2019 r informacji uznając je za tajemnicę przedsiębiorstwa podlegającą ochronie, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp”

Prezes Urzędu wskazał, iż obowiązek Zamawiającego do odtajnienia dokumentów w przypadku nieuwzględnienia uzasadnienia objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest uzależniony od złożenia przez Wykonawcę wniosku o odtajnienie dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Podkreślił również, iż kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym narzędzie budowania zaufania do systemu zamówień publicznych (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16). Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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 wynika wprost, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez Wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania. Samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz Wykonawca każdorazowo musi uzasadnić i to w sposób kwalifikowany, czyli „wykazać,” iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16, KIO 2119/16, wyrok KIO z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2028/17).

Tym samym, informacje złożone przez Wykonawcę mogą pozostać nieujawnione tylko w takim zakresie, w jakim Wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na Wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Niewywiązanie się przez Wykonawcę z ww. obowiązku powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Zamawiający każdorazowo zobligowany jest w toku badania i oceny ofert zweryfikować treść informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i skonfrontować ją z uzasadnieniem, jakie Wykonawca powinien przedstawić, aby wykazać, że zastrzeżone informacje faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Niezależnie zatem od okoliczności złożenia wniosku o udostępnienie treści oświadczeń lub dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający zobligowany jest zbadać skuteczność dokonanego zastrzeżenia, a w przypadku negatywnej jego oceny dać temu wyraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zakomunikować czynność uznania za nieskuteczne poczynionego przez Wykonawcę zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. w szczególności poinformować o tym fakcie Wykonawcę, którego oświadczeń lub dokumentów to dotyczy.

Obowiązek Zamawiającego w powyższym zakresie nie jest w żaden sposób uzależniony od złożenia wniosku o udostępnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu czy inne podmioty. Przepisy ustawy Pzp wprost wskazują na nadrzędność zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a wyjątki od tej zasady mogą mieć miejsce wyłącznie w ściśle określonych ustawą przypadkach i nie mogą być interpretowane rozszerzająco, zgodnie z zasadą wykładni prawa *exceptiones non sunt extentandae*. Ustawodawca nie przewidział zaś jako przesłanki warunkującej ujawnienie treści informacji niezasadnie zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa złożenia przez uprawniony podmiot wniosku o udostępnienie tych informacji. W postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP (a takim było kontrolowane postępowanie) na czynność Zamawiającego dotyczącą oceny skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przysługiwać będzie prawo do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Prawidłowe zakomunikowanie Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyniku dokonanej przez Zamawiającego oceny skuteczności zastrzeżenia informacji w poufności gwarantuje jednocześnie Wykonawcom możliwość wniesienia środków ochrony prawnej i kontroli czynności dokonanych lub zaniechanych przez Zamawiającego.

Powyższe potwierdza również uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2018 r. (sygn. akt KIO/KU 40/18).

W związku z powyższym, Zamawiający poprzez niepoinformowanie Wykonawcy Przedsiębiorstwa Transportowo — Budowlanego Sp. z o.o., o nieuznaniu przedłożonych dokumentów oraz wyjaśnień jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, poprzez niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, naruszył treść art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dodać należy, iż w ocenie Prezesa Urzędu powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 20 listopada 2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 171a Pzp zgłosił zastrzeżenia do wyników kontroli uprzedniej z dnia 7 listopada 2019 r i wniósł o ich uwzględnienie w całości.

W uzasadnieniu wskazał, iż nie może się zgodzić z zarzutami stawianymi przez Prezesa Urzędu, iż poprzez niepoinformowanie Wykonawcy o nieuznaniu przedłożonych

dokumentów oraz wyjaśnień jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, poprzez niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa naruszył art 8 ust. 1 i 3 Pzp w z art. 11 ust. 4 UZNK. W dalszej części zastrzeżeń Zamawiający wyjaśnił, iż: „Zamawiający w związku z otrzymaniem dokumentów i wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa podjął wynikające z art. 8 ust. 3 PZP działania zmierzające do ustalenia, czy zachodzi podstawa do ich nieujawniania. W związku z tym, iż Wykonawca nie wykonał ciążących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP i tym samym nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, to Zamawiający został zwolniony z obowiązku zachowania poufności wskazanych informacji. Ustalenie więc przez Zamawiającego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne i nie podlega ochronie, o której mowa w art. 8 ust. 3 PZP oznacza ich odtajnienie. Należy przy tym wskazać, że żaden przepis PZP nie wskazuje, że odtajnienie nieskutecznie zastrzeżonych informacji wymaga poinformowania Wykonawcy o ich odtajnieniu. Jeżeli w trakcie postępowania jakiś Wykonawca zwróciłby się o ich udostępnienie, to wówczas Zamawiający udostępniłby mu je. Brak udostępnienia mógłby bowiem skutkować wniesieniem przez Wykonawców odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, co jednak w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca”.

Zamawiający przywołał uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r (sygn. akt III CZP 74/05), w której sąd wskazał: „negatywna weryfikacja przez Zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej, przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa), wywołuje konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w ustawie Prawo Zamówień Publicznych zakazu ujawniania bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez Zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, dowodzi bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający zobowiązany jest ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.”

Zamawiający powołał się również na stanowisko zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1187/13): „Jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby Wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku,

w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań, pozwalających na zachowanie poufności tych informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania

i jako takie, byłoby zjawiskiem niekorzystnym oraz niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców".

Wobec powyższego, Zamawiający wniósł o uwzględnienie wniesionych zastrzeżeń i uznanie, że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, Prezes Urzędu stwierdził, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli nie zasługuje na uwzględnienie. Prezes Urzędu w całości podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 7 listopada 2019 r. „Informacja o wyniku kontroli uprzedniej”.

Wskazał, iż obowiązek Zamawiającego do odtajnienia dokumentów w przypadku nieuwzględnienia uzasadnienia objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest uzależniony od złożenia przez Wykonawcę wniosku o odtajnienie dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Podkreślił również, iż kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym narzędzie budowania zaufania do systemu zamówień publicznych (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16).

Niezależnie zatem od okoliczności złożenia wniosku o udostępnienie treści oświadczeń lub dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający zobligowany jest zbadać skuteczność dokonanego zastrzeżenia, a w przypadku negatywnej jego oceny dać temu wyraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zakomunikować czynność uznania za nieskuteczne poczynionego przez Wykonawcę zastrzeżenia informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. w szczególności poinformować o tym fakcie Wykonawcę, którego oświadczeń lub dokumentów to dotyczy.

Obowiązek Zamawiającego w powyższym zakresie nie jest w żaden sposób uzależniony od złożenia wniosku o udostępnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu czy inne podmioty.

Przepisy ustawy Pzp wprost wskazują na nadrzędność zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a wyjątki od tej zasady mogą mieć miejsce wyłącznie w ściśle określonych ustawą przypadkach i nie mogą być interpretowane rozszerzająco, zgodnie z zasadą wykładni prawa *exceptiones non sunt extentandae*. Ustawodawca nie przewidział zaś jako przesłanki warunkującej ujawnienie treści informacji niezasadnie zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa od złożenia przez uprawniony podmiot wniosku o udostępnienie tych informacji.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (a takim było kontrolowane postępowanie) na czynność Zamawiającego dotyczącą oceny skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, przysługiwać będzie prawo do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Prawidłowe zakomunikowanie Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyniku dokonanej przez Zamawiającego oceny skuteczności zastrzeżenia informacji w poufności gwarantuje jednocześnie Wykonawcom możliwość wniesienia środków ochrony prawnej i kontroli czynności dokonanych lub zaniechanych przez Zamawiającego.

Powyższe stanowisko potwierdza również uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2018 r. (sygn. akt KIO/KU 40/18).

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa Urzędu Zamawiającego poprzez niepoinformowanie Wykonawcy Przedsiębiorstwa Transportowo — Budowlanego Sp. z o.o., o nieuznaniu przedłożonych dokumentów oraz wyjaśnień jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, poprzez niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, naruszył treść art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż nie była sporną okolicznością nieprawidłowego zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku wykazania, iż informacje które zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa w rzeczywistości tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. W konsekwencji brak wykazania przez Wykonawcę, iż zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa zwalnia

Zamawiającego z obowiązku utrzymywania informacji w tajemnicy i tym samym aktualizuje się po stronie Zamawiającego obowiązek do uznania informacji za jawną. Informacje nieprawidłowo zastrzeżone przez Wykonawcę jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie podlegają ochronie właściwej dla tajemnicy przedsiębiorstwa i winny zostać odtajnione przez Zamawiającego. Powyższe potwierdza przywołana przez Zamawiającego uchwała Sądu Najwyższego oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba odniosła się do kwestii spornej, dotyczącej odpowiedzi na pytanie czy obowiązek Zamawiającego w zakresie odtajnienia dokumentów, co do których w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wykazano zasadności zastrzeżenia ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest zależny od sytuacji, kiedy w toku postępowania nie złożono wniosków o udostępnienie tych dokumentów. Zamawiający stanął bowiem na stanowisku, że wobec braku wniosku od uczestników postępowania w zakresie możliwości zapoznania się z treścią dokumentów, nie było konieczności dokonywania faktycznej czynności odtajnienia zastrzeżonych informacji, pomimo dokonania przez Zamawiającego oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jako nieprawidłowej.

W powyższym aspekcie Izba w całości podziela stanowisko oraz argumentację prezentowaną przez Prezesa Urzędu, iż obowiązek Zamawiającego do odtajnienia dokumentów w przypadku nieuwzględnienia uzasadnienia objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest uzależniony od złożenia przez Wykonawcę wniosku o odtajnienie dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba w pełni podziela argumentację przytoczoną w uchwale z dnia 30 października 2018 r. (sygn. akt KIO/KU 40/18), podkreślając, że kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania

w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym jest narzędziem do budowania zaufania do systemu zamówień publicznych (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16). Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 1 i 2 Pzp). Wyjątkiem od powyższej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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. Wykonawca zobowiązany jest zatem do wykazania, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest tu wystarczające, Wykonawca każdorazowo musi uzasadnić i to w sposób kwalifikowany, czyli „wykazać,” iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16, KIO 2119/16, wyrok KIO z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2028/17).

Obowiązkiem Zamawiającego jest każdorazowo w toku badania i oceny ofert dokonywać weryfikacji treści informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przepisy ustawy Pzp wprost wskazują na nadrzędność zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a wyjątki od tej zasady mogą mieć miejsce wyłącznie w ściśle określonych ustawą przypadkach i nie mogą być interpretowane rozszerzająco, zgodnie z zasadą wykładni prawa *exceptiones non sunt extentandae*. Wypełniając przesłanki wynikające z zasady jawności, wszelkie czynności podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu, muszą zostać zmaterializowane, uwidocznione, ujawnione przez Zamawiającego oraz pozostawić konkretny ślad w postępowaniu.

W związku z powyższym, Zamawiający w przypadku negatywnej oceny złożonych zastrzeżeń winien zakomunikować Wykonawcy, że uznał za nieskuteczne poczynione przez Wykonawcę zastrzeżenie informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. w szczególności poinformować o tym fakcie Wykonawcę, którego oświadczeń lub dokumentów to dotyczy. Wykonawca musi mieć pewność co do tego jak Zamawiający ocenił złożone przez niego zastrzeżenia. Pewność ta musi być poparta wiedzą, tzn. nie może być dorozumiana i nie może być oparta na przypuszczeniach lub przewidywaniach Wykonawcy. Jest to istotne z punktu widzenia Wykonawców, ponieważ ocena dotycząca skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi czynność Zamawiającego w postępowaniu, na którą przysługuje prawo do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W związku z powyższym prawidłowe zakomunikowanie Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia

wyniku dokonanej przez Zamawiającego oceny skuteczności zastrzeżenia informacji, gwarantuje jednocześnie Wykonawcom możliwość wniesienia środków ochrony prawnej i kontroli czynności dokonanych lub zaniechanych przez Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga, że czynność Zamawiającego (powiadomienie Wykonawcy o uznaniu złożonych przez niego zastrzeżeń dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne) winna nastąpić niezależnie od okoliczności złożenia przez inne podmioty wniosku o udostępnienie treści zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oświadczeń lub dokumentów. Ustawodawca bowiem nie przewidział jako przesłanki warunkującej ujawnienie treści informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa złożenia przez uprawniony podmiot wniosku o udostępnienie tych informacji.

Reasumując, Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli uprzedniej w zakresie naruszenia przepisu art. 8 ust.1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....