

Sygn. akt KIO/KU 39/18

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 30 października 2018 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 4 października 2018 r., pismem z dnia 3 października 2018 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej UZP/DKZP/KU/116/18 z dnia 28 września 2018 r., w przedmiocie zamówienia publicznego:

„Dostawa 50 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych autobusów komunikacji miejskiej wraz z niezbędnym wyposażeniem dla MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie:	Katarzyna Odrzywolska
	Anna Osiecka

wyraża następującą opinię:

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

UZASADNIENIE

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: zamawiający) prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Dostawa 50 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych autobusów komunikacji miejskiej wraz z niezbędnym wyposażeniem dla MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu”.

W tymże postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, przeprowadził kontrolę uprzednią, w konsekwencji której, na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z ar. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 419), poprzez zaniechanie ujawnienia informacji, które nie zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Prezes UZP ustalił, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca MAN Truck 8 Bus Polska Sp. z o. o. złożył ofertę, w której zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa strony 7-12 oferty. Wraz z ofertą wykonawca przedłożył oświadczenie, w którym przedstawił uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty wskazując, iż: „W związku z faktem zastrzeżenia poufności części ofert złożonej w niniejszym postępowaniu informujemy, iż zawarte w tej części informacje mają istotne znaczenie gospodarcze dla naszego Przedsiębiorstwa. Korzystając z przysługujących nam uprawnień pozwalających na rozszerzenie zakresu ochrony interesów przedsiębiorcy, związanych z działalnością zawodową Wykonawcy, w tym wszelkich informacji mających dla naszego przedsiębiorstwa wartość gospodarczą, wykonawca uznał za poufne i zastosował wobec nich odpowiednie środki w celu utrzymania tych informacji.

Dotyczy to:

- informacji technicznych zawartych w dokumentach świadectw homologacji,
- wyników testów SORT,
- rysunków technicznych,
- opisów technicznych autobusów ze względu na unikalność zastosowanych rozwiązań technicznych — konstrukcyjnych.

Uwzględnione w świadectwach homologacji dokładne wyniki przeprowadzonych pomiarów i badań mogą stanowić cenne źródło informacji na temat funkcjonalności rozwiązań stosowanych przez MAN." W ocenie wykonawcy „wymienione powyżej dokumenty zawierają szczegółowe informacje techniczne dotyczące oferowanych pojazdów, oraz zastosowanych w nich rozwiązań, unikalnych dla konstrukcji MAN, ochroną prawną na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

W toku kontroli uprzedniej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, na jakiej podstawie uznał treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, którą wykonawca - Man Truck 8 Bus Polska Sp. z o. o., objął informacjami zawartymi na stronach 7-12 złożonej oferty, za zasadną oraz skutecznie zastrzeżoną.

W odpowiedzi na tak sformułowane pytanie, zamawiający w piśmie z dnia 24.09.2018 r. udzielił następujących wyjaśnień:

„W odniesieniu do zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, treści w ofercie Wykonawcy od strony nr 7 do 12, w zakresie:

a) skuteczności wniesionego zastrzeżenia: Wykonawca wniósł zastrzeżenie zgodnie z postanowieniami art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, tj. Wykonawca, w terminie składania ofert zastrzegł informacje, które nie mogą być udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym, zastrzeżenie zostało wniesione skutecznie, zgodnie z postanowieniami Prawa zamówień publicznych,

b) zasadności wniesionego zastrzeżenia: Wykonawca w swojej ofercie zastrzegł, by nie ujawniać treści zawartych na stronie od 7 do 12, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jednocześnie poinformował, że treść zastrzeżenia, w tym i uzasadnienia, objęta jest ochroną prawną na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie zastrzeżone treści nie stanowiły informacji, które na mocy art. 86 Prawa zamówień publicznych nie mogą zostać zastrzeżone i podlegają ujawnieniu z mocy ustawy.”

Wobec powyższych ustaleń, Prezes UZP zauważył, że zasada jawności postępowania określona w art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Wyjątek od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W świetle art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej: „ustawa 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. Treść art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wskazuje, iż ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Wykonawca obowiązany jest zatem wykazać, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Konieczność wykazania powyższych okoliczności oznacza, iż w ramach uzasadnienia istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy Znk, w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedstawić umotywowane stanowisko, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę MAN Truck 8 Bus Polska Sp. z o. o. informacji, rysunków i opisów technicznych oraz wyników testów SORT zamawianych pojazdów e ocenie Prezesa UZP prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nim materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym informacjom, powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne i lapidarne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania stosownych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska. Możliwość zastrzeżenia niektórych, załączonych do oferty informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowane w sposób ścisły. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. W przypadku zastrzeżenia części oferty wykonawcy MAN Truck Bus Polska Sp. z o. o. uzasadnienie zastrzeżenia było zbyt ogólne i nie poparte żadnymi dowodami. Nie powinno być zatem oparciem dla zamawiającego przy podjęciu decyzji o odtajnieniu zastrzeżonej części oferty ww. wykonawcy.

Oceniając decyzję zamawiającego polegającą na uwzględnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, rysunków i opisów technicznych oraz wyników testów SORT zamawianych pojazdów należy podkreślić wagę wymienionej wyżej zasady jawności

postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zasada ta oznacza obowiązek zapewnienia wykonawcom, jak również wszystkim podmiotom zainteresowanym prowadzonym postępowaniem, dostępu do informacji związanych z tym postępowaniem.

Zamawiający może odstąpić od powyższej zasady i ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jeden z tych przypadków przewiduje art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, który dopuszcza wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że powyższa możliwość stanowi wyjątek od ustawowej zasady i nie może być interpretowana rozszerzająco. Zamawiający, oceniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę, obowiązany jest zbadać faktyczne zaistnienie przesłanek zakwalifikowania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, określonych w art. 11 ust. 2 ustawy Zn.

W ocenie Prezesa UZP, w kontrolowanym postępowaniu okoliczności przedstawione w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie pozwalają na stwierdzenie, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera wykazanie wartości gospodarczej lub technicznej czy organizacyjnej. Jako argument dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca wskazał jedynie, iż „wymienione powyżej dokumenty zawierają szczegółowe informacje techniczne dotyczące oferowanych pojazdów, oraz zastosowanych w nich rozwiązań, unikalnych dla konstrukcji MAN” oraz, że „posiadanie tak zgromadzonej wiedzy (...) przez konkurentów MAN, stawiałoby ich w uprzywilejowanej pozycji rynkowej w stosunku do MAN”.

Zdaniem Prezesa UZP, wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Wykonawca nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie zabezpieczenia się przez niego przed możliwością dopuszczenia ww. danych w zakresie informacji, opisów i rysunków technicznych oraz wyników testów SORT do publicznej wiadomości.

Prezes UZP stwierdził, że uznanie przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie na podstawie złożonych wraz z ofertą wyjaśnień wykonawcy MAN Truck 8. Bus Polska Sp. z o.o. w ww. zakresie, jest nieuzasadnione, bowiem, jak wskazano to powyżej, ww. wykonawca nie wykazał w wystarczający sposób powodu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wskazanych informacji.

Reasumując, Prezes UZP wskazał, iż zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa opierając się jedynie na terminie zastrzeżenia informacji, które nie mogą być udostępniane oraz przedstawieniu zastrzeżonych informacji wskazanych w oświadczeniu wykonawcy MAN Truck 8. Bus Polska Sp. z o. o. Po drugie, w uzasadnieniu zastrzeżenia oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. wykonawca wskazał jedynie na

ogólnikowe informacje dotyczące znaczenia gospodarczego dla przedsiębiorstwa wiadomości zawartych w zastrzeżonej części oferty.

Tym samym, nie można uznać, że informacje techniczne, wyniki testów SORT oraz rysunki i opisy techniczne zamawianych pojazdów zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny być zostać ujawnione przez zamawiającego.

W konsekwencji Prezes UZP zauważył, że zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy Znk.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy i w dniu 4 października 2018 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej, w których polemizował z stwierdzeniami odnośnie naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes UZP podtrzymał naruszenia stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli. W konsekwencji, zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan prawny i faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne. Ustalenia faktyczne Prezesa UZP nie budziły też wątpliwości zamawiającego, a jedynie polemizował on z wnioskami Prezesa UZP co do konsekwencji prawnych podjętych ustaleń faktycznych.

Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa UZP co do stwierdzonych naruszeń. Zasada jawności jest jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych (art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Jej ograniczenie może nastąpić tylko w ściśle ograniczonych okolicznościach. Jedną z takich okoliczności przewidziano w art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych: nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później, niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone

informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę w ofercie zatem muszą być łącznie spełnione trzy przesłanki:

- 1) zastrzeżenie musi zostać wyrażone pisemnie nie później, niż w terminie składania ofert
- 2) zastrzeżenie musi wskazywać, które informacje nie mogą być udostępnione,
- 3) konieczne jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oczywiste jest, że nie wystarczy jedynie formalne spełnienie powyższych trzech przesłanek – z dokonanego zastrzeżenia musi jednoznacznie wynikać wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie składu orzekającego nie ma znaczenia, czy treść uzasadnienia zastrzeżenia jest obszerna, ale – czy jest przekonująca. W niniejszej sprawie treść zastrzeżenia przez wykonawcę, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stron oferty od 7 do 12 nie uzasadniała konieczności zachowania w poufności informacji tamże zawartych. Na stronie 7 i 8 znajduje się uzasadnienie zastrzeżenia dalszych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na stronie 9 – wskazano wynik testu SORT 2, na stronach 10-12 zawarto podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów, m.in. długość, szerokość i wysokość autobusów (na wzorze, załączonym do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2 do formularza ofertowego). Na stronach 7-12 oferty nie znajdują się żadne rysunki, a zatem uzasadnienie zastrzeżenia nie koresponduje co najmniej w części z informacjami, które zostały wskazane, jako objęte tajemnicą. Trudno również wywieść z uzasadnienia zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dlaczego walor poufności miałyby mieć wymiary autobusów.

Część z informacji ze stron 9-12 oferty miało wskazywać na posiadanie przez oferowane autobusy parametrów wymaganych przez zamawiającego, a ponadto niektóre z nich miały wpływ na pozacenowe kryteria oceny ofert. Należy również zauważyć, że przedłożenie raportu drogowego zużycia paliwa wg testu SORT 2 dla oferowanych autobusów, wykonanego wg wytycznych UITP (International Association of Public Transport) przez niezależną, certyfikowaną jednostkę badawczą upoważnioną do wykonywania takiego testu celem potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom, jest zgodne z wytycznymi, zawartymi w dokumencie „ZIELONE ZAMÓWIENIA PUBLICZNE – DOBRA PRAKTYKA”

(<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zrownowazone-zamowienia-publiczne/zielone-zamowienia/przydatne-dokumenty>)

Powyższe informacje są istotne, i równocześnie podstawowe dla oceny, czy zaoferowane

autobusy odpowiadają wymogom zamawiającego. Zastrzeżenie przez wykonawcę w szczególności tego rodzaju informacji jako poufne nie może mieć jedynie na celu uniemożliwienia potencjalnym konkurentom weryfikacji, czy oferowany przedmiot spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Skład orzekający podziela w całości 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.”

Wykonawca nie może poprzestać na samym stwierdzeniu, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale musi „wykazać”, że taką informację rzeczywiście stanowią. W ocenie składu orzekającego wykonawca w kontrolowanym postępowaniu obowiązkowi wykazania, że informacje ze stron 7-12 oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostał.

Reasumując, naruszenie art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy Znk, stwierdzone przez Prezesa UZP w toku kontroli uprzedniej, bez wątplenia w postępowaniu wystąpiło, dlatego stwierdzenia w Informacji o wyniku kontroli odnośnie uchybień zamawiającego w tym zakresie były prawidłowe.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....