

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 30 października 2018 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 4 października 2018 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 1 października 2018 r. (znak KU/154/18/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zad. III.7: Zad. 1 Budowa magistrali wodociągowej zasilającej w wodę Pasma Pruszkowskie i Zad. 2 Połączenie istniejącej magistrali w ul. Popularnej – Ryżowej z magistralą w ul. Dźwigowej – Chrościckiego”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Anna Packo
Beata Pakulska-Banach

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez 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 – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zad. III.7: Zad. 1 Budowa magistrali wodociągowej zasilającej w wodę Pasma Pruszkowskie i Zad. 2 Połączenie istniejącej magistrali w ul. Popularnej – Ryżowej z magistralą w ul. Dźwigowej – Chrościckiego.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 kwietnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 065-145492. W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”) oraz art. 8 ust. 1 ustawy 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 uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz dokumentu pn. „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” złożonych przez wykonawcę konsorcjum firm: Polaqua Sp. z o.o., Priknauber Sp. z o.o. Sp. k. (dalej jako „Konsorcjum”).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazał, iż z analizy dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, iż Konsorcjum wraz z ofertą przedłożyło dokument pn.: „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia”, tj. załącznik nr 4 do IDW i zastrzegł w ofercie strony od 107 do 115, tj. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz zobowiązania podmiotów oddających do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby, jako tajemnicę przedsiębiorstwa w uzasadnieniu wskazując, iż: „(...) wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, niewątpliwie spełnia wszystkie przesłanki „tajemnicy przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie można mu odmówić rzeczoności charakteru, bowiem biorąc pod uwagę profil działalności przedsiębiorstwa oraz wiedzę fachową jego pracowników zamówienie niewątpliwie przedstawia wartość nie tylko dla wykonawcy, ale także według obiektywnych kryteriów. Powyższa informacja ma charakter organizacyjny w rozumieniu ustawy, a wykonawca informuje, że co do tych informacji podjął niezbędne działania, by zachować ich poufność. Ponadto z informacji utajnionych wynikają podstawowe działania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa i jego strategią gospodarczą. Podanie do publicznej wiadomości

zastrzeżonych danych mogłoby zaszkodzić interesom wykonawców i naruszyć relacje konkurencyjne. Może także prowadzić do uzyskania przez przyszłych potencjalnych kontrahentów wykonawcy wiedzy, która może być wykorzystana do podejmowania prób współpracy niezgodnych z zasadami wykonawcy, a które w przypadku ich powodzenia mogłoby skutkować trudnymi do wyobrażenia konsekwencjami finansowymi. (...).” W dalszej części wyjaśnień wykonawca powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 21 września 2018 r zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień, czy w toku postępowania wykonawcy zwracali się do zamawiającego z prośbą o odtajnienie załącznika nr 4 „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” przedłożonego przez Konsorcjum. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o przesłanie pism wykonawców wraz z odpowiedzią zamawiającego. Jednocześnie poproszono zamawiającego o wyjaśnienie, czy odtajnił „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” przedłożony przez ww. wykonawcę. Prezes Urzędu wskazał, iż w odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 25 września 2018 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień, że: „w toku postępowania żaden wykonawca oraz inne podmioty nie zwracały się do zamawiającego z prośbą o odtajnienie dokumentów. Zamawiający uznał na podstawie przedłożonego przez wykonawcę uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, iż załączone do oferty dokumenty, o które pytają Państwo w kierowanym do nas piśmie, tj. opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 4) nie spełnił przesłanki uznania zawartych w nich informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa przy uwzględnieniu przesłanek opisanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Prezes Urzędu zauważył, iż wykonawca Polaqua Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: „Zadanie V.2.1 Uzupelnienie systemu monitoringu natężenia przepływu i ciśnienia wody w sieci wodociągowej — budowa punktów pomiarowych”, prowadzonym przez Zamawiającego dokonał analogicznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia. Powyższe było przedmiotem odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 18.01.2018 r. (sygn. akt KIO 55/18) wskazała, iż: „(...) wyjaśnienie dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedstawione zamawiającemu w toku postępowania miało charakter w znacznej mierze ogólnikowy, nie spełniało zatem wymogów pozwalających na dopuszczenie odstępstwa od zasady jawności postępowania, czyli jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych. 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. W przypadku zastrzeżonej części oferty Przystępującego [Polaqua Sp. z o.o.], niezależnie od wartości utajnionych informacji uzasadnienie zastrzeżenia było zbyt lakoniczne. Nie powinno być zatem oparciem dla zamawiającego przy podjęciu decyzji o odmowie odtajnienia zastrzeżonej części oferty Przystępującego. (...) Izba zwraca ponadto uwagę, że informacje zawarte w objętym tajemnicą przedsiębiorstwa wykazie dotyczą projektantów, kierowników robót i kierowników budów, osób które brały udział w realizacjach zamówień publicznych. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że informacje te są skutecznie chronione przed ujawnieniem. Chociażby ze względu na przepisy prawa budowlanego (jawność nazwisk autorów projektów budowlanych, wpisywanie do Dzienników Budowy nazwisk kierowników robót, ujawnianie na tablicach informacyjnych nazwisk kierowników budowy) nie byłoby możliwe realne zachowanie takich danych w tajemnicy. Podstawa dysponowania pracownikami również nie może zostać uznana za dane skutecznie chronione przed wyjawieniem ze względu na fakt, że osoby zatrudnione przez Przystępującego na podstawie umów o pracę ujawnione są np. w rejestrach ZUS, do których dostęp mają m.in. organy kontrolne, na których działanie Przystępujący nie ma wpływu. Z tego względu Przystępujący z przyczyn od siebie niezależnych nie jest w stanie w pełni skutecznie zachować zastrzeżonych w ofercie informacji w tajemnicy. Niemożliwym jest zatem spełnienie warunku, że zastrzeżone informacje nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej. (...).”

Mając na uwadze powyższe ustalenia Prezes Urzędu podniósł, że zasada jawności postępowania 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 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 ustawy Pzp wskazuje, iż zarówno zastrzeżenie poufności, jak i wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą nastąpić w tej samej chwili, tj. nie później niż w terminie składania ofert w przetargu nieograniczonym, jak również, iż dodatkowym obowiązkiem wykonawcy

dokonującego zastrzeżenia, jest jednocześnie wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach u.z.n.k., a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Natomiast na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji.

Zdaniem Prezesa Urzędu analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w zakresie „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” (załącznik nr 4), w tym wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz zobowiązania podmiotów oddających do dyspozycji swoje zasoby, prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nich materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania stosownych dowodów, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną. Należy również zwrócić uwagę, iż sam zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 25 września 2018 r. wskazał, iż: „na podstawie przedłożonego przez wykonawcę uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa (...), tj. opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 4) nie spełnił przesłanki uznania zawartych w nich informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa przy uwzględnieniu przesłanek opisanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, wydany w analogicznym stanie faktycznym wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2018 r. (sygn. akt KIO 55/18) oraz wyjaśnienia złożone przez zamawiającego, Prezes Urzędu stwierdził, iż Konsorcjum nie dokonało skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ww. dokumentów. Tym samym, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający, nie odtajniając ww. dokumentów, dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Prezes Urzędu wskazał, iż naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający w dniu 4 października 2018 r. złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o dopuszczeniu się ww. naruszenia. Zwrócił uwagę na rozbieżność treści wyjaśnień przedstawionych w dniu 25 września 2018 r. z ich treścią przytoczoną w informacji o wyniku kontroli. Wskazał, że rzeczywista treść odpowiedzi była następująca: „Zamawiający wyjaśnia, iż w toku postępowania żaden wykonawca oraz inne podmioty nie zwracały się do Zamawiającego z prośbą o odtajnienie dokumentów. W przypadku gdyby wykonawcy lub inne podmioty zwróciły się z taką prośbą, Zamawiający odtajniłby dokumenty, gdyż uznał na podstawie przedłożonego przez Wykonawcę

uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, iż załączony do oferty dokument, o który pytają Państwo w kierowanym do nas piśmie, tj.: opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 4) nie spełnił przesłanki uznania zawartych w nim informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa przy uwzględnieniu przesłanek opisanych w art. 11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” Zamawiający podniósł, iż zacytowany powyżej fragment odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego zasadniczo różni się, co więcej stoi w sprzeczności z zacytowanym fragmentem odpowiedzi w uzasadnieniu naruszenia. Przytoczona argumentacja wyników kontroli uzasadniająca wskazane naruszenie opiera się zatem na cytacie wyjaśnień, które *de facto* miały inne brzmienie, a więc nie odnosi się do faktycznej treści udzielonych wyjaśnień. Tym samym nie można się zgodzić ze stwierdzeniem, że Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz dokumentu pn.: „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia”, złożonych przez Konsorcjum. Ponadto Zamawiający wskazał, iż w uzasadnieniu zacytowano wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2018 r. (sygn. akt KIO 55/18), który nie ma analogii do sytuacji w kontrolowanym postępowaniu. Jedyne podobieństwo to podmiot, czyli Polaqua Sp. z o.o. Zamawiający podkreślił, że nie zaistniała opisana w wyroku sytuacja, bowiem w kontrolowanym postępowaniu żaden z Wykonawców oraz inne podmioty nie wносиły prośby o odtajnienie dokumentów, a także nikt nie zaskarżył decyzji Zamawiającego do KIO. Co więcej, sam Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przy uwzględnieniu przesłanek opisanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako nieskuteczne. Reasumując Zamawiający podniósł, iż wydana opinia, uwzględniając wyjaśnienia przekazane przez Zamawiającego, jest niewłaściwa, gdyż nie odzwierciedla rzeczywistych wyjaśnień. W związku z powyższym Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli oraz wniósł o stwierdzenie, że nie miało miejsca naruszenie przepisów art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i o sprostowanie treści protokołu, zgodnie z wyjaśnieniem z dnia 25 września 2018 r. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż aby dokonać faktycznej czynności odtajnienia, musiałby otrzymać wniosek od podmiotów zainteresowanych odtajnieniem zastrzeżonych informacji. Zamawiający uznając załączone do ofert uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne, gotowy był udostępnić zastrzeżone wykazy na wniosek wykonawcy, ten jednakże nie wpłynął do Zamawiającego.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa Urzędu, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Prezes Urzędu przytoczył treść zastrzeżeń, a następnie przywołał uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, w myśl której Zamawiający obowiązany jest do przeprowadzenia analizy skuteczności

zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie warunków, wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto wskazał, iż analiza skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi jedną z kluczowych czynności składających się na badanie oraz ocenę ofert. W przypadku, gdy Zamawiający nie oceni w sposób prawidłowy czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, może to przyczynić się do trudności w dokonaniu weryfikacji przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, prawidłowości konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji wniesienia przez nich środka ochrony prawnej. Prezes Urzędu stwierdził, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający na etapie badania i oceny ofert, powinien odtajnić wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, a także opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, które to dokumenty stanowiły załącznik do formularza oferty złożonej przez Konsorcjum, gdyż posiadał wiedzę w przedmiocie, iż ww. dokumenty nie spełniają przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający był zatem zobowiązany do samodzielnego przeprowadzenia badania zasadności zastrzeżenia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę i w przypadku nieuwzględnienia uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych dokumentów, był zobowiązany do ich odtajnienia. Powyższe działania zamawiającego nie są bowiem uzależnione od złożenia przez wykonawcę wniosku o odtajnienie dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa. Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, iż nie jest zasadne porównywanie stanu faktycznego przedmiotowego postępowania do wskazanego w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 55/18) w związku z tym, iż w kontrolowanym postępowaniu żaden z wykonawców, bądź inne podmioty nie zwracały się z prośbą o odtajnienie dokumentów oraz nie zaskarżono czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu do KIO, Prezes Urzędu podniósł, iż w informacji o wyniku kontroli wyjaśniono, że przytoczony wyrok odnosi się do stanu faktycznego niniejszej sprawy ze względu na to, iż w kontrolowanym postępowaniu dokonano zbieżnego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentu - wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia. Prezes Urzędu podkreślił, iż wskazanie omawianego wyroku w treści uzasadnienia informacji o wyniku kontroli było w pełni zasadne.

Mając na względzie powyższe ustalenia, Prezes Urzędu ponownie wskazał, iż wykonawca konsorcjum: Polaqua Sp. z o.o. i Priknauber Sp. z o.o. Sp. k. nie wykazał, że informacje zawarte w dokumentach: wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, stanowią informacje o charakterze technicznym, organizacyjnym bądź też handlowym, posiadające wartość gospodarczą, co sam potwierdził zamawiający w wyjaśnieniach

złożonych w piśmie z dnia 25 września 2018 r. oraz treści zastrzeżeń do informacji o wyniku kontroli z dnia 4 października 2018 r. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma za zadanie zapewnić wykonawcom ochronę informacji ściśle w granicach definicji zawartej w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i nie może podlegać nieuprawnionej wykładni rozszerzającej. Tym samym, zasadnie stwierdzono w Informacji o wyniku kontroli, że Zamawiający nie odtajniąc wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz opisu doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, pomimo - jak wyjaśnia Zamawiający - braku wniosków od wykonawców o udostępnienie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i chęci ich odtajnienia w przypadku wystąpienia do zamawiającego z takim wnioskiem, stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

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.

W pierwszej kolejności, mając na uwadze, iż Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach kwestionował zgodność przywołanego w informacji o wyniku kontroli uprzedniej fragmentu pisma Zamawiającego z dnia 25 września 2018 r. z jego rzeczywistym brzmieniem, Izba ustaliła, iż sporny fragment miał treść zgodną ze wskazywaną przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, tj. „Zamawiający wyjaśnia, iż w toku postępowania żaden wykonawca oraz inne podmioty nie zwracały się do Zamawiającego z prośbą o odtajnienie dokumentów. W przypadku gdyby Wykonawcy lub inne podmioty zwróciły się z taką prośbą, Zamawiający odtajniłby dokumenty, gdyż uznał na podstawie przedłożonego przez wykonawcę uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, iż załączony do oferty dokument, o który pytają Państwo w kierowanym do nas piśmie, tj.: opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 4) nie spełnił przesłanki uznania zawartych w nim informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa przy uwzględnieniu przesłanek opisanych w art. 11 ust.4 u.z.n.k.” Powyższe nie wpłynęło jednakże na prawidłowość dokonanej przez Prezesa Urzędu oceny, iż zachodziły podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Mając na uwadze treść pisma Zamawiającego z dnia 25 września 2018 r. Izba ustaliła, iż nie był sporny w przedmiotowej sprawie fakt nieskuteczności dokonanego przez Konsorcjum zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz dokumentu pn.: „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.” W konsekwencji ocenie Izby podlegała kwestia, czy

obowiązek Zamawiającego w zakresie odtajnienia dokumentów, co do których w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wykazano zasadności zastrzeżenia ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa, materializuje się w sytuacji, kiedy w toku postępowania nie złożono wniosków o udostępnienie tych dokumentów. Zamawiający stanął bowiem na stanowisku, iż aby dokonać faktycznej czynności odtajnienia musiałby otrzymać wniosek od podmiotów zainteresowanych odtajnieniem zastrzeżonych informacji.

W powyższym aspekcie Izba w całości podzieliła 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.

Podkreślić należy, 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 (w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania i aktualnym obecnie) 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 stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa złożenia przez uprawniony podmiot wniosku o udostępnienie tych informacji. Izba zwraca ponadto uwagę, iż 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. W związku z powyższym 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.

Reasumując, Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli uprzedniej w zakresie naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 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:

.....

.....