

WYROK
z dnia 9 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Kawa-Ogorzałek**

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2018 r. w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 21 czerwca 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia INERGIS S. A. z siedzibą w Częstochowie (KIO 1234/18)
- B. w dniu 27 czerwca 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia INERGIS S. A. z siedzibą w Częstochowie (KIO 1276/18)

w postępowaniu prowadzonym przez **Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **"Hymon Energy" Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1234/18 KIO 1276/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1) uwzględnia odwołania w sprawie KIO 1234/18 oraz KIO 1276/18 i nakazuje Zamawiającemu odtajnienie całości dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę „Hymon Energy” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, tj. dokumentów i informacji stanowiących wyliczenia ceny złożonych Zamawiającemu w dniu 21 maja 2018 r., 6 czerwca 2018 r. (KIO 1234/18) oraz w dniu 15 czerwca 2018 r. (KIO 1276/18),
- 2) Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

Sygn. akt KIO 1234/18, KIO 1276/18

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisów od odwołań w sprawach KIO 1234/18 oraz KIO 1276/18,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 37 200 zł 00 gr. (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołań, tj. kwotę 30 000 zł (trzydzieści tysięcy złotych) oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tj. kwotę 7200 zł w sprawach KIO 1234/18 oraz KIO 1276/18.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego, prowadzi na przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.; dalej: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych dla Mieszkańców ROF w ramach projektu „Wsparcie rozwoju OZE na terenie ROF - projekt parasolowy”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 marca 2018 r., numer ogłoszenia 2018/S 048-104933.

Wykonawca INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie (dalej „Odwołujący”), wniósł odwołania od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od zaniechania odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę HYMON ENERGY Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej „Przystępujący”), tj. dokumentów i informacji stanowiących wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny z dnia 21 maja 2018 r. oraz z dnia 6 czerwca 2018 r. (KIO 1234/18) oraz z dnia 15 czerwca 2018 r. (KIO 1276/18).

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie (KIO 1234/18 i 1276/18) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm. dalej: „uznk”), poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) wskazanych w odwołaniu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przystępującego, pomimo że Przystępujący nie wykazał, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przystępującego, tj. dokumenty i informacje stanowiące wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny z dnia 21 maja 2018 r., 6 czerwca 2018 r. (KIO 1234/18) oraz 15 czerwca 2018 r. (KIO 1276/18). Ponadto Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu aby niezwłocznie zawiadomił Odwołującego o dokonaniu powyższych czynności.

I. Uzasadniając odwołania w sprawie KIO 1234/18 oraz 1276/18 Odwołujący stwierdził, że Przystępujący nie wykazał, iż informacje zawarte w dokumentach przedłożonych Zamawiającemu w dniach 21 maja, 6 oraz 15 czerwca 2018 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stwierdzić należy co następuje. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp 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 literalnego brzmienia ww. przepisu wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak ww. wykazania powoduje natomiast, że zastrzeżenie jest bezskuteczne a informację powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego. Odwołujący powołał się na liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej na poparcie prezentowanego stanowiska.

Odwołujący podkreślił, że Przystępujący w piśmie z 21 maja 2018 r. jak i w piśmie z dnia 6 czerwca 2018 r. oraz w piśmie z dnia 14 czerwca 2018 r., które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 15 czerwca 2018 r. zawarł zdawkowe, wręcz symboliczne uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia o następującej treści: *„Jednocześnie wskazujemy; że przedstawiona kalkulacja cen oraz załączone na potwierdzenie prawidłowości wyliczeń oferty handlowe od dostawców stanowią tajemnicę naszego przedsiębiorstwa, jak również tajemnicę przedsiębiorstwa naszych kontrahentów. Wnosimy o utajnienie treści przedłożonych dokumentów. Wskazujemy, że przekazane informacje mają charakter poufny, a podjęte kroki w postaci odpowiednich klauzul umownych powodują że informacje przedstawione w ofertach mają dużą wagę ekonomiczną dla naszego przedsiębiorstwa, stanowią o przewadze konkurencyjnej naszej firmy i jest wynikiem wieloletniej pracy i pozyskanych kontaktów.”*

Odwołujący wskazał, iż w powyższym uzasadnieniu zastrzeżenia Przystępujący generalnie ograniczył się do nic nie wnoszących do sprawy ogólników, wręcz frazesów. Wykonawca ten w żaden sposób nie uzasadnił, nie mówiąc już o wykazaniu, dlaczego: „informacje przedstawione w ofertach mają dużą wagę ekonomiczną dla naszego przedsiębiorstwa, stanowią o przewadze konkurencyjnej naszej firmy i jest wynikiem wieloletniej pracy i pozyskanych kontaktów”. Powyższe uzasadnienie nie zawiera praktycznie żadnych konkretnych informacji i niczego nie wyjaśnia, równie dobrze mogło by go w ogóle nie być. Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie wyjaśnił nawet, czy zastrzeżone przez niego informacje to informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne przedsiębiorstwa,

względnie inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Jeżeli nawet przyjąć, że pisząc, że: „informacje przedstawione w ofertach mają dużą wagę ekonomiczną dla naszego przedsiębiorstwa, stanowią o przewadze konkurencyjnej naszej firmy” Przystępujący miał na myśli, że informacje te posiadają wartość gospodarczą, to w żaden sposób tego nie uzasadnił, nie mówiąc już o wykazaniu. Tymczasem jak się podkreśla w orzecznictwie KIO tajemnica przedsiębiorstwa musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (tak np. w wyroku z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt 783/18). W niniejszej sprawie Przystępujący nie wyjaśnił Zamawiającemu ani nie wykazał, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzeżone informacje pozostaną niejawne.

W odwołaniu KIO 1276/18 Odwołujący podniósł dodatkowo, iż uzasadnienie zastrzeżenia odnosi się wyłącznie do zastrzeżenia ofert handlowych od dostawców, a Przystępujący nie wyjaśnił natomiast w żaden sposób zasadności zastrzeżenia kalkulacji cen.

Odwołujący wskazał kolejno, iż Przystępujący stwierdził wprawdzie, że „przekazane informacje mają charakter poufny” i że zostały „podjęte kroki w postaci odpowiednich klauzul umownych”, ale w żaden sposób nie wykazał, iż jego twierdzenia odpowiadają rzeczywistości. Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów, że jego relacje z dostawcami są faktycznie poufne, w szczególności nie wykazał w żaden sposób, że faktycznie poufność tą zabezpieczył za pomocą odpowiednich klauzul umownych. Tymczasem takiej wykazanie powinno nastąpić jednocześnie z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby. Przystępujący nie przedstawił jednak Zamawiającemu żadnych dowodów potwierdzających zasadność zastrzeżenia ww. dokumentów i informacji i ograniczył się wyłącznie do zdawkowych i gołosłownych twierdzeń i zapewnień składanych Zamawiającemu, mimo że przynajmniej część okoliczności mających uzasadniać dokonane zastrzeżenie można było bez trudu wykazać przedstawiając odpowiednie dowody, np. istnienie odpowiednich klauzul umownych, na które powołał się wykonawca. Skoro tak, to umowy zawierające te klauzule, a przynajmniej wyciągi z nich, powinny zostać przedstawione Zamawiającemu. Podkreślić trzeba, że elementem konstytuującym tajemnicę przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania określonych informacji w poufności. Przystępujący podjęcia takich działań w żaden sposób nie wykazał. Niezależnie od tego, że Przystępujący nie wykazał powyższych okoliczności, podkreślić trzeba jeszcze, że samo zawarcie umowy o zachowaniu poufności nie dowodzi istnienia przesłanki posiadania wartości gospodarczej przez informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Innymi słowy zawarcie umowy o zachowaniu poufności nie kreuje jeszcze tajemnicy przedsiębiorstwa,

gdyż trzeba wykazać istnienie wszystkich pozostałych elementów wyliczonych w art. 11 ust. 4 uznk, czego Przystępujący bez wątplenia nie uczynił.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy nie ma żadnych wątpliwości, iż Zamawiający winien odtajnić (ujawnić) powyżej wskazane dokumenty i informacje stanowiące wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, gdyż Przystępujący zastrzegając ww. dokumenty i informacje nie wywiązał się z obowiązku jednoczesnego wykazania, że zastrzegane dokumenty i informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

II. Niezależnie od powyższego w ocenie Odwołującego zachodzą co najmniej uzasadnione podejrzenia, że ww. dokumenty i informacje zastrzeżone przez wykonawcę HYMON nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie było i jest bezpodstawne.

Odwołujący wskazał, iż definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 uznk, zgodnie z którym 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. W ocenie Odwołującego dokumenty i informacje zastrzeżone przez Przystępującego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający winien je odtajnić. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie w jaskrawy sposób naruszy obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, iż powszechną praktyką wykonawców jest zastrzeganie wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Tymczasem w świetle orzecznictwa KIO w znakomitej większości wypadków brak jest jakichkolwiek podstaw do dokonywania takiego zastrzeżenia, gdyż informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk, względnie wykonawcy dokonując ich zastrzeżenia nie wykazali, że zastrzegane informacje to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniach wykonawcę – „Hymon Energy” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła:

I. Przystępujący przedkładając na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia i dokumenty, przy pismach z dnia 21 maja 2018r., 6 czerwca 2018 r. oraz 14 czerwca 2018 r. objął tajemnicą przedsiębiorstwa powyższe dokumenty, uzasadniając:

„Jednocześnie wskazujemy; że przedstawiona kalkulacja cen oraz załączone na potwierdzenie prawidłowości wyliczeń oferty handlowe od dostawców stanowią tajemnicę naszego przedsiębiorstwa, jak również tajemnicę przedsiębiorstwa naszych kontrahentów. Wnosimy o utajnienie treści przedłożonych dokumentów. Wskazujemy, że przekazane informacje mają charakter poufny, a podjęte kroki w postaci odpowiednich klauzul umownych powodują że informacje przedstawione w ofertach mają dużą wagę ekonomiczną dla naszego przedsiębiorstwa, stanowią o przewadze konkurencyjnej naszej firmy i jest wynikiem wieloletniej pracy i pozyskanych kontaktów.”

II. w dniu 2 lipca 2017 r. Przystępujący przesłał Zamawiającemu pismo, w którym wskazał, iż: *„po ponownym przeanalizowaniu dokumentów załączonych do wyjaśnień wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny, a objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy, z uwagi na transparentność postępowania wnoszę o odtajnienie poniższych dokumentów w zakresie jakim nie wskazują na dostawcę materiałów, wynagrodzeń pracowników oraz objętych tajemnicą korespondencji”*.

Izba zważyła:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w związku z odtajnieniem przez Przystępującego części dokumentów załączonych do udzielonych wyjaśnień w zakresie

rażąco niskiej ceny złożonych Zamawiającemu przy pismach z dnia 21 maja, 6 czerwca oraz 14 czerwca 2018 r. Izba rozpoznając odwołania zobligowana była ocenić, czy Przystępujący sprostął ciężarowi wykazania, iż informacje, które w dalszym ciągu nie zostały przez Przystępującego ujawnione, a dotyczące nazwy dostawców materiałów, wynagrodzeń pracowników oraz korespondencji, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego.

Przechodząc do oceny zasadności zarzutu podniesionego w obu odwołaniach, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1, 2, 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, poprzez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień Przystępującego składanych Zamawiającemu w dniach 21 maja, 6 czerwca oraz 15 czerwca 2018 r., w zakresie nieodtajnionym przez Przystępującego, na wstępie podkreślić należy, że Izba wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez Zamawiających zastrzeżenia wykonawcy - co do części dokumentów w ofercie, lub składanych na późniejszym etapie postępowania - jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Na powyższe wskazuje w tym postępowaniu fakt, iż Przystępujący nagle wycofał zastrzeżenia co do znacznej części zastrzeżonych dokumentów nie uznając już je za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślić bowiem należy, iż zastrzeżenie ma ewidentnie służyć ochronie tajemnicy firmy wykonawcy, a nie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji prawidłowości oferty wybranej (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 22 lutego 2018 roku sygn. 272/18; z dnia 27 grudnia 2012 r., sygn. KIO 2710/12).

Izba podkreśla, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Powinni zatem mieć świadomość konsekwencji, iż jeśli ubiegają się o uzyskanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych to ich oferty muszą być poddane procedurom określonym w przepisach prawa zamówień publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia szeregu informacji o ich działalności (wyrok KIO z 15 marca 2013 r. sygn. KIO 364/13, oraz KIO 368/13). Ten wymóg transparentności wydatkowania środków publicznych w zbiegu z prawem wykonawcy do utajnienia niektórych treści oferty, nakłada na Zamawiającego szczególny obowiązek wyważenia racji wykonawcy mając na względzie zasady Pzp, a także interes innych wykonawców biorących udział w postępowaniu (wyrok KIO 9 stycznia 2018 roku 2633/ 17). W innym przypadku Zamawiający jest narażony na korektę finansową przyznanych środków finansowych, gdyż czynność ta może mieć istotny wpływ na prawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty.

W tym zakresie Zamawiający oceniając zasadność wniosków Przystępującego o potrzebie objęcia tajemnicą złożonych wyjaśnień, winien ocenić motywy jakimi kierował się wykonawca podejmując taką decyzję, które winny być przez wykonawcę wykazane w

uzasadnieniu stanowiska odnośnie konieczność objęcia informacji taką ochroną. Ciężar wykazania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającym takie informacje i powyższe wykonawca musi uczynić do upływu terminu składania ofert/wniosek, nie czekając na ewentualne wezwania Zamawiającego. Wykonawca składający ofertę musi udowodnić - razem ze złożonym zastrzeżeniem - że istnieją podstawy do nieujawniania informacji zawartych w ofercie (por. wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1427/15; KIO 1440/15).

Wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego przepisu wynika (wnioskowanie a contrario), że nie korzystają z ochrony (ujawnia się) zastrzeżone przez wykonawcę informacje, o ile wykonawca nie wykazał, zastrzegając je, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej.

Oznacza to, że Zamawiający nie bada samodzielnie - wyłącznie na podstawie treści samych informacji podawanych przez wykonawcę, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale że Zamawiający ocenie poddaje to, czy wykonawca wykazał, zastrzegając informacje, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. I chociaż ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek „jedynie” wykazania (nie zaś obowiązek udowodnienia), że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to obowiązek ten nie może sprowadzać się do złożenia przez wykonawcę oświadczeń czy zapewnień, a to ze względu na rozumienia wyrazu "wykazać" w języku polskim, tj. jako przedstawienia czegoś w sposób przekonujący.

Wykonawcy wolno więc zrobić więcej, tj. udowodnić, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak nie wolno mu - o ile informacje mają pozostać niedostępne dla innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - zrobić mniej niż wykazać, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że ocenie Zamawiającego czy Przystępujący wykazał, iż zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa podlega wyłącznie treść sporządzonego przez tego wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba uznała, iż uzasadnienie sporządzone przez Przystępującego w pismach z dnia 21 maja, 6 czerwca oraz 14 czerwca 2018 r. nie dawało Zamawiającemu podstaw do uznania, iż Przystępujący wykazał, że informacje dotyczące danych dostawców, wynagrodzeń pracowników i informacji objętych tajemnicą korespondencji, w złożonych Zamawiającemu dokumentach i pismach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący w rozpatrywanej sprawie poprzestał na oświadczeniu o tym, iż:

- oferty handlowe od dostawców stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno Przystępującego jak i jego kontrahentów,
- informacje mają charakter poufny,
- podjął kroki w postaci odpowiednich klauzul umownych,
- stanowią o przewadze konkurencyjnej firmy Przystępującego i są wynikiem wieloletniej pracy i pozyskanych kontaktów,

Izba stwierdziła, że Przystępujący w żadnej mierze nie sprostał ciężarowi wykazania, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że np. w umowach o pracę zawarty jest zakaz ujawniania wysokości otrzymywanego wynagrodzenia oraz że podjął niezbędne działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z przepisu art. 11 ust. 4 uznk wynika, że niewystraszające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych, czyli działań skutecznych gwarantujących, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie przygotowywania oferty. Izba podkreśla, że ciężar udowodnienia zaistnienia wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym - w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca. To dzięki prawu do uzyskiwania pełnej informacji o postępowaniu i czynnościach podejmowanych przez zamawiającego wobec konkurencyjnych ofert, wykonawcy mogą skutecznie bronić swoich interesów (wyrok KIO 2633/17 z dnia 9 stycznia 2018 r.).

Przystępujący na rozprawie wywodził, że informacje, które w dalszym ciągu zastrzega jako tajemnica przedsiębiorstwa, to informacje dzięki którym posiada on przewagę konkurencyjną, to dane dostawców zaopatrzenia, to także wynik wieloletniej pracy przedsiębiorstwa. Ponadto wskazywał, iż pochodzenie dostaw w 50 % wpływa na zaproponowaną przez niego cenę oferty, która na obecnym etapie postępowania jest niższa od drugiego wykonawcy o około 5 mln zł. Ponadto wywodził, iż objęte tajemnicą przedsiębiorstwa została także wysokość wynagrodzenia poszczególnych pracowników, co również ma znaczenie w funkcjonowaniu przedsiębiorstwa i ewentualnemu pozyskiwaniu zatrudnionych u niego specjalistów przez konkurencję. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że taka argumentacja nieprzedstawiona w terminie składania dokumentów

na wezwanie Zamawiającego, a dopiero na rozprawie nie może być wzięta pod uwagę, jako spóźniona.

Należało zatem stwierdzić, że o ile rzeczywiście informacje zawarte w przedłożonych Zamawiającemu dokumentach w dniu 21 maja, 6 oraz 14 czerwca 2018r. mogą przedstawiać dla wykonawcy wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, czego Izba nie kwestionuje to jednak Przystępujący nie wykazał, że taka sytuacja wystąpiła również w tym przypadku, a to jest warunkiem koniecznym skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia informacji dotyczących nazw dostawców materiałów, wynagrodzeń pracowników oraz objętych tajemnicą korespondencji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1, 2 oraz ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk poprzez zaniechanie właściwej oceny treści złożonych wyjaśnień w oparciu o które Przystępujący podjął decyzję o objęciu ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odnosząc się natomiast do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego na rozprawie, iż w rozpatrywanej sprawie sam charakter informacji zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa uzasadniał objęcie ich taką ochroną, wskazać należy, iż przepis art. 8 ust. 3 Pzp, nie przewiduje wyjątków od konieczności wykazania, że informacje stanowią taką tajemnicę, nie wskazuje też na rodzaj informacji który „z góry” byłby traktowany jako taka tajemnica. Obowiązek wykazania, warunkujący skuteczność zastrzeżenia (Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca (...)) nie może być poczytany jako zbędny formalizm, ale jako wyraz poszanowania i ochrony zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek ten przesądza także o tym, że sam charakter informacji (informacja posiadająca wartość gospodarczą) nie jest wystarczający do odmowy ujawnienia takich informacji innym uczestnikom jawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek ten oznacza nadto, że Zamawiający, badając zasadność zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie może oceny tej dokonać w oderwaniu od argumentacji/dowodów składanych przez wykonawcę w celu wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa albo pomimo ich braku (poprzestając na ocenie jedynie charakteru informacji - posiadania wartości gospodarczej).

Sygn. akt KIO 1234/18, KIO 1276/18

Mając powyższe na względzie, Izba orzekła jak w punkcie 1 sentencji wyroku. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2018r. poz. 972).

Przewodniczący: