

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk
Jan Kuzawiński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Toto Costruzioni Generali S.p.A., ICM S.p.A, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gmina Miasto Świnoujście reprezentowana przez Prezydenta Miasta Świnoujście, działającego jako zarządca drogi publicznej, prowadzącym postępowanie jest: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Wojska Polskiego 1/5, 72-600 Świnoujście,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Porr S.A., Porr Bau GmbH, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., Energopol-Szczecin S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-845 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Toto Costruzioni Generali S.p.A., ICM S.p.A, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Toto Costruzioni Generali S.p.A., ICM S.p.A, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Toto Costruzioni Generali S.p.A., ICM S.p.A, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti** na rzecz zamawiającego - **Gmina Miasto Świnoujście reprezentowana przez Prezydenta Miasta Świnoujście, działającego jako zarządca drogi publicznej, prowadzącym postępowanie jest: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Wojska Polskiego 1/5, 72-600 Świnoujście**, kwotę 3 812 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dwanaście złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Świnoujście prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu - budowa tunelu pod Świną*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 20 kwietnia 2016 pod numerem 2016/S 077-135585.

Dnia 23 marca 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Toto Costruzioni Generali S.p.A., ICM S.p.A. o odtajnieniu niektórych dokumentów odwołującego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dnia 3 kwietnia 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Toto Costruzioni Generali S.p.A., ICM S.p.A (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na odtajnieniu przez zamawiającego dokumentów odwołującego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie określonym w piśmie zamawiającego z dnia 23 marca 2018 roku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 8 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp oraz w zw. z § 23 i 36 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania), polegające na odtajnieniu przez zamawiającego treści pism odwołującego z dnia 13 października 2017 roku oraz z dnia 6 listopada 2017 roku w zakresie określonym przez zamawiającego w piśmie z dnia 23 marca 2018 roku, co pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „Izba” lub „KIO”) o sygn. KIO 2574/17 i KIO 2576/17, wydanym w postępowaniu odwoławczym dotyczącym ww. dokumentów odwołującego, w toku którego Izba potwierdziła zasadność i prawidłowość objęcia przez odwołującego treści tychże dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, nakazując jednocześnie przywrócenie oferty odwołującego do postępowania, a w konsekwencji czego samowolne dokonywanie przez zamawiającego odtajnienia ww. dokumentów na obecnym etapie pozostaje niedopuszczalne i sprzeczne z zapadłym wyrokiem KIO,

2. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ich niezastosowanie i odtajnienie przez zamawiającego dokumentów

odwołującego wymienionych w piśmie zamawiającego z dnia 23 marca 2018 roku, podczas gdy informacje zamieszczone w tych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, co odwołujący zastrzegł i wykazał na etapie składania tych dokumentów, zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, unieważnienia czynności odtajnienia dokumentów odwołującego w zakresie określonym przez zamawiającego w piśmie z dnia 23 marca 2018 roku.

Ponadto odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów postępowania (na okoliczności wskazane w odwołaniu),

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z akt postępowania odwoławczego w sprawie rozpoznawanej przez Izbę o sygn. KIO 2574/17 i KIO 2576/17 (w tym akt postępowania przed Sądem Okręgowym w Szczecinie o sygn. VIII Ga 102/18) na okoliczności wskazane w treści odwołania, w tym w szczególności na okoliczność braku uprawnienia zamawiającego do odtajnienia dokumentów odwołującego objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, których dotyczyło ww. postępowanie odwoławcze (tj. pism z dnia 13 października 2017 roku oraz z dnia 6 listopada 2017 roku w zakresie określonym przez zamawiającego w piśmie z dnia 23 marca 2018 roku oraz nieujawnienia przez Izbę treści załączników nr 9 i 12 do pisma odwołującego z dnia 13 października 2017 roku na rozprawie w dniu 20 grudnia 2017 roku,

3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Niezależnie od powyższego na podstawie art. 189 ust. 6 w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w całości, ze względu na fakt, iż odwołanie w całości dotyczy odtajnienia przez zamawiającego dokumentów odwołującego stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji postępowanie odwoławcze opierać się będzie jedynie o informacje, które nie mogą zostać udostępnione pozostałym uczestnikom postępowania lub osobom trzecim.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, który złożył najkorzystniejszą ofertę i liczy na uzyskanie zamówienia objętego postępowaniem. Poprzez wniesienie niniejszego odwołania, odwołujący zmierza do zakwestionowania niezgodnego z prawem odtajnienia przez zamawiającego dokumentów odwołującego

związanych z wyjaśnianiem treści jego oferty, a w konsekwencji do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności. Tym samym odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Natomiast szkoda, jaką odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp, wiązać się będzie z ujawnieniem konkurentom działającym na rynku informacji niejawnych przedsiębiorstwa odwołującego, które podlegają ochronie. W konsekwencji, w wyniku nieprawidłowego działania zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę. Podkreślić przy tym należy, że na dzień składania niniejszego odwołania informacje, które zamierza odtajnić zamawiający, nie zostały jeszcze ujawnione. Zgodnie z treścią pisma zamawiającego z dnia 23 marca br. informacje te zostaną odtajnione dopiero ze skutkiem na dzień 4 kwietnia br. Tym samym w pełni uzasadnione i celowe jest złożenie odwołania celem skutecznego zapobieżenia ujawnieniu informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego. W konsekwencji udostępnienie tych wiadomości podmiotom trzecim może utrudnić odwołującemu ubieganie się o udzielenia zamówienia zarówno w ramach obecnie toczącego się postępowania, jak i w przyszłych przetargach zarówno na budowę tunelu pod rzeką Świną (np. w przypadku unieważnienia postępowania), jak i na realizację innych inwestycji tego rodzaju.

Z uwagi na okoliczność, iż cała treść uzasadnienia odwołania została zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa, a zamawiający czy przystępujący w tym zakresie nie podnosili zarzutów, Izba nie odtajniła tego uzasadnienia, stąd brak jest możliwości przytoczenia argumentacji odwołującego w uzasadnieniu orzeczenia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, iż właściwa ocena, co do zasadności zastrzeżenia informacji ma istotne znaczenie dla przebiegu postępowania oraz realizacji samej umowy. Wykonawcy często zastrzegają bowiem informacje „na wyrost”, co uniemożliwia innym wykonawcom analizę procesu weryfikacji takiej oferty przez wykonawcę, a tym samym rodzi ryzyko wyboru wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zwrócić należy uwagę, że inni wykonawcy mają często lepsze rozeznanie od zamawiających co do faktycznie wykonywanych przez konkurentów usług, ich zakresu, wartości oraz poprawności. Stąd też możliwość dokonania weryfikacji ofert poza samymi zamawiającymi jest bardzo ważna, także z punktu widzenia późniejszej poprawności realizacji zamówień przez wybranych oferentów. Zamawiający podniósł, iż brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na zamawiającym. Zamawiający wskazuje także, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17.12.2013 r. „Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa

nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. (wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2013 roku, KIO 2773/13, podobnie KIO w wyroku z dnia 24 kwietnia 2012 roku, KIO 762/12).

Zamawiający wskazał, że odwołujący podnosił, że odtajnienie dokumentów jest sprzeczne z wyrokiem KIO o sygn. KIO 2574/17/ KIO 2576/17 (dalej jako: „Pierwszy wyrok”), wydanego na skutek złożenia przez niego odwołania (dalej jako: „Pierwsze odwołanie”). Należy jednak podkreślić, że przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w tym postępowaniu nie była prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynie kwestia odrzucenia oferty odwołującego wskutek niezgodności jego oferty z siwz. Art. 192 ust. 7 Pzp w sposób wyraźny statuuje, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skoro w Pierwszym odwołaniu zarzuty naruszenia art. 8 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 ZNKU nie były w ogóle podniesione, a temat tajemnicy przedsiębiorstwa w ogóle nie był przedmiotem rozstrzygnięcia KIO, to nie można mówić o mocy wiążącej Pierwszego wyroku w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł w treści odwołania, że Izba dokonała już weryfikacji prawidłowości działań zamawiającego mających miejsce do dnia 24.11.2017 r. C.,) Izba odnosiła się również do kwestii zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa TOTO. Odwołujący nie przywołał jednak żadnego fragmentu Pierwszego wyroku, w którym Izba rzekomo przesądziła prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przez odwołującego. Z całą pewnością, nie można przyjąć prawidłowości rozumowania odwołującego, jakoby wszystkie czynności zamawiającego mające miejsce przed 24.11.2017 r. zostały zweryfikowane przez KIO wskutek Pierwszego odwołania. Jest to bowiem wbrew dyspozycji art. 192 ust. 7 Pzp.

Zamawiający podał, że odwołujący w piśmie z dnia 13.10.2017 r. w sposób wyraźny wskazał, co następuje: „oświadczamy, że Dowody nr 2, 3, 4, 5.1., 5.2. , 5.3. , 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 i 16” do niniejszych wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie mają więc znaczenia twierdzenia odwołującego, jakoby w sposób prawidłowy wykazał wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 ZNKU. Zamawiający zgadza się bowiem co do zasady z odwołującym, że dokonane przez niego zastrzeżenie było prawidłowe i wyczerpujące, ale jedynie w odniesieniu do ww. załączników/dowodów. Zamawiający uznał to zastrzeżenie i w związku z powyższym, nie odtajnił dokumentów, co do których zastrzeżenie to zostało poczynione. Należy jednak podkreślić, że zakresem utajnienia nie zostało objęte samo pismo z wyjaśnieniami. W konsekwencji w stosunku do samego pisma z dnia 13.10.2017 r. nie został spełniony podstawowy warunek ich nieujawniania tj. zastrzeżenia, że ów dokument zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Nieprzekonująca jest argumentacja, jakoby informacje zawarte w Wyjaśnieniach były podobne do informacji zawartych w załącznikach. Zastrzeżenie tajemnicy w każdym wypadku musi bowiem zostać

dokonane w sposób jednoznaczny i wyraźny. Nie jest rolą zamawiającego domyślanie się czy skoro informacje są podobne to powinny być objęte tajemnicą czy też nie, skoro sam wykonawca nie zadbał o tę kwestię i takiego zastrzeżenia nie poczynił. Co więcej od podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, szczególnie znacznych rozmiarów, należy wymagać szczególnej (o podwyższonym standardzie ze względu na profesjonalny charakter podmiotów gospodarczych) staranności dbania o swe interesy. Niedbalstwo w ochronie swych praw musi obciążać wykonawcę. Brak takiego zastrzeżenia uniemożliwia uznanie danego dokumentu/informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie tylko na gruncie art. 8 ust. 3 Pzp, ale także na podstawie art. 11 ust. 4 u.z.n.k., albowiem oznacza to, że przedsiębiorca powołujący się na jej tajemnicę przedsiębiorstwa nie podjął niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności.

Odnosząc się do pisma zamawiającego z dnia 26.10.2017 r. w którym wezwał on odwołującego do wyjaśnienia zakresu zastrzeżenia to należy wskazać, że nie ma on przesądzającego znaczenia dla zakresu zastrzeżenia tajemnicy. Jak już bowiem wskazano wyżej, decydujące znaczenie ma treść art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zastrzeżenie musi nastąpić najpóźniej w momencie składania zastrzeganego pisma. Wszelkie późniejsze oświadczenia nie mają w tym zakresie znaczenia.

W odniesieniu do treści załącznika nr 9 do pisma odwołującego z dnia 13.10.2017 r., zamawiający wskazał, że nie zachodzą przesłanki do utrzymywania tego załącznika w tajemnicy, bowiem jego treść nie stanowi już tajemnicy dla pozostałych wykonawców. Okoliczności wskazane w tym załączniku były przedmiotem Pierwszego odwołania. W konsekwencji, jego treść była szeroko komentowana podczas rozprawy w sprawie Pierwszego odwołania. Dla wszystkich uczestników tamtego postępowania oczywiste jest to co ten rysunek zawiera. Dodatkowo warto zauważyć, że odwołujący nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie pkt 3 swych wyjaśnień z dnia 04.11.2017 r., w którym to odnosząc się do załącznika nr 9 stwierdził, że podobne rozwiązania (do tych opisanych w tym załączniku) znalazło się w tunelach: EurAsia - tunel pod cieśniną Bosfor w Istambule Turcja (...), Tokyo-wan Aqua Line (...), Great Istambuł Tunne/ (...), Askan Way Viaduct (...). Skoro odwołujący w sposób jawny odnosi się do innych inwestycji, w których zastosowano rozwiązania podobne do tego co zawiera przekrój poprzeczny tunelu, to przecież każdy może sprawdzić jak zbudowane są te jawnie podane przez wykonawcę tunele. Nie można więc mówić o jakiegokolwiek tajemnicy tego załącznika.

Odwołujący w treści pisma z dnia 06.11.2017 r. w żaden sposób nie wykazał istnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ZNKU. Wskazał jedynie, że zastrzegane informacje/dokumenty zgodnie z art. 8 ust. 3 nie może być udostępniona, gdyż zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym „know how”. Odwołujący nie przywołał jednak, dlaczego

uważa, że informacje te stanowią know-how, jakie to know-how, nie wykazał, by podjął środki w celu ich ochrony.

Odwołujący w piśmie z dnia 14.03.2018 r. w sposób wyraźny wskazał, co następuje: „zastrzegamy, że treść załączników do niniejszego pisma stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawców, o której mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i podlega ochronie na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp”. Nie mają więc znaczenia twierdzenia odwołującego, jakoby składane wyjaśnienia dotyczyły informacji już wcześniej zastrzeganych, bowiem każde pismo powinno być zastrzegane osobno. Nielogicznym jest też twierdzenie, że wyjaśnienia dotycząc kwestii już wcześniej przedstawianych. Celem każdego wyjaśnienia jest bowiem złożenie wyjaśnień nowych, które nie są tożsame z informacjami już przedstawianymi w postępowaniu.

Przystępujący również złożył pismo procesowe, w którym *de facto* powołał jedynie właściwe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2574/17, KIO 2576/17, w szczególności z protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 20 grudnia 2017 roku, wyroku Izby w ww. sprawach z dnia 21 grudnia 2017 roku oraz wyroku SO w Szczecinie z dnia 7 marca 2018 roku, sygn. akt VIII Ga 102/18, stwierdzając, iż przedmiotem rozstrzygnięcia w ww. wyrokach nie było ustalenie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zastrzeżonych przez odwołującego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego, a ponadto stwierdza, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Norma prawna wynikająca z omawianego przepisu reguluje odstępstwo od ogólnej zasady jawności postępowania, wynikającej z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Ustawodawca regulację powyższą usankcjonował w ten sposób, iż dopuścił możliwość zastrzeżenia niektórych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (TP) pod dwoma warunkami. Pierwszym z tych warunków jest czas złożenia stosownego zastrzeżenia – nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków. Drugim z tych warunków są okoliczności związane z wykazaniem przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia informacji stanowiących TP.

W ocenie Izby, w przypadku, gdy wykonawca wzywany przez zamawiającego do złożenia stosownych wyjaśnień bądź dowodów, w każdym przypadku, w którym stwierdzi, że przekazywane zamawiającemu informacje stanowią TP, winien okoliczność tę wykazać już przy pierwszym piśmie kierowanym do zamawiającego. Następnie, jeżeli zamawiający dalej będzie wzywał wykonawcę do dalszych wyjaśnień, to wykonawca taki winien za każdym razem albo na nowo wykazywać zasadność zastrzeżenia informacji TP, bądź odnieść się w kolejnych pismach do wykazanego za pierwszym razem zastrzeżenia.

Okoliczność taka wprost wynika z przytaczanego wyżej przepisu, gdzie ustawodawca obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia przeniósł tylko i wyłącznie na wykonawcę. Zamawiający nie jest bowiem podmiotem, który ma się domyślać, czy dowolnie interpretować pisma wykonawcy. Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, co z kolei prowadzi do wniosku, że tylko racjonalna ocena oparta o stosowne okoliczności, wykazane przez wykonawcę daje gwarancję dokonania prawidłowej czynności zamawiającego.

Przedkładając powyższe rozważania na stan faktyczny przedmiotowej sprawy wskazać należy, że zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, co do argumentacji podnoszonej w zakresie dowodu nr 9 (zarzut dotyczący dowodu nr 12 został przez zamawiającego uwzględniony i przy braku sprzeciwu ze strony przystępującego, Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania). Wskazać bowiem należy, że w zakresie spornego dowodu nie było już orzeczenia Izby, co do prawidłowości zastrzeżenia tego dokumentu TP. Izba, na posiedzeniu w sprawie KIO 2574/17, KIO 2576/17 w dniu 20 grudnia 2017 roku, postanowiła „nie odtajniać spornego rysunku uznając, iż jego odtajnienie nie wpływa na sytuację procesową przystępującego ...”, co oznacza, że nie badała bo nie mogła, skuteczności zastrzeżenia tego dokumentu TP, gdyż zarzut taki nie był przedmiotem odwołania, a Izba nie może rozstrzygać ponad zarzuty odwołania (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu).

Nadto podnieść należy, że zamawiający jako gospodarz postępowania, ma za zadanie tak długo prowadzić badanie i ocenę ofert oraz tyle razy na ile pozwalają mu przepisy wyjaśniać dokumenty złożone przez wykonawców, aż osiągnie założony skutek w postaci pewności co do prawidłowości rozstrzygnięcia. Dlatego też, zdaniem Izby, zamawiający miał pełne podstawy do przeprowadzenia badania skuteczności złożonych zastrzeżeń TP do wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego.

Odnosząc się zaś do zarzutów bezpośrednio związanych z czynnością zamawiającego.

Zamawiający w piśmie z dnia 23 marca 2018 roku, poinformował odwołującego, iż „*W wyniku dokonania badania zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa Państwa wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odtajnia ww. informacje tj.: pisma Wykonawcy:*

- *z dnia 13.10.2017 r. wraz z załącznikiem 9 i 12. Jak wynika z niniejszego pisma nie została zastrzeżona jego treść, a jedynie określone załączniki. Zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP oraz właściwym orzecznictwem KIO zastrzeżenie tajemnicy nie może nastąpić później niż przy składaniu danego dokumentu, tymczasem w tym dokumencie takie zastrzeżenie, nie znalazło się w odniesieniu do samego dokumentu a jedynie do niektórych załączników; ponadto w odniesieniu do załączników nr 9 i 12 informacje zawarte w tych załącznikach zostały już ujawnione do publicznej wiadomości w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 20 grudnia 2017 r.;*

- *z dnia 06.11.2017 r, za wyjątkiem załączników nr 2, 3, 5,1, 8, 13, 14. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, aby informacje zawarte w tym piśmie stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa j aby w stosunku do nich zachodziły wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.;*

- *z dnia 14.03.2018 r. za wyjątkiem załączników do niniejszego pisma; jak wynika z treści pisma (pkt III akapit pierwszy) zastrzeżenie zostało poczynione jedynie w odniesieniu do załączników do tego pisma, ale nie w stosunku do samego pisma)”.*

Uzasadniając powyższe zamawiający wskazał m.in., że „Przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie potwierdzają, że informacje zawarte ww. dokumentach winny być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Samo złożenie uzasadnienia nie zawsze będzie „wykazaniem”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp, a wykazać oznacza więcej aniżeli wyjaśnić oraz, że nie będą spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 Ustawy PZP ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (KIO z dnia 29 marca 2017 r. sygn. akt KIO 570/15). Zgodnie z Wyrokiem sygn. akt KIO 287/18 z dnia 2 marca 2018 r. „informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. 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. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającemu obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.”.

Odnosnie wyjaśnień z dnia 13 października 2017 roku, złożonych zamawiającemu, na jego wezwanie, to wskazać należy, że odwołujący w treści tego pisma podał, cyt. „(...) Oświadczamy, że Dowody nr 2, 3, 4, 5.1, 5.2, 5.3, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 do niniejszych wyjaśnień, stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a dokładnie art. 11 ust. 4 w/w ustawy, gdyż są to informacje świadczące o naszej przewadze gospodarczej - przez co mają realną wartość handlową i gospodarczą przejawiającą się chociażby w możliwości konkurowania z wykonawcami w tym postępowaniu poprzez zaoferowanie niższej ceny. (...)”.

Powyższe w ocenie Izby w sposób jednoznaczny wskazuje, że odwołujący objął TP jedynie ww. załączniki do wyjaśnień, nie obejmując jednocześnie takim zastrzeżeniem samego wyjaśnienia, co oznacza, że decyzja zamawiającego o odtajnieniu treści pisma z dnia 13 października 2017 roku, była prawidłowa. Co do zarzutu dotyczącego dowodu nr 9, zdaniem Izby, dowód ten nie stanowi TP, odwołujący takiej okoliczności nie wykazał. Co istotne również to fakt, iż dowód ten to jedynie, jak to opisał odwołujący „Szkic przekroju tunelu oraz przykładowe rozwiązanie wejścia ewakuacyjnego do galerii ewakuacyjnej”. Zdaniem Izby szkic przekroju oraz przykładowe rozwiązanie nie są informacjami wyjątkowymi, specjalnymi, które mogą stanowić Tajemnicę Przedsiębiorstwa.

Odnoszą się do wyjaśnień z dnia 6 listopada 2017 roku, wskazać należy, że odwołujący w treści tych wyjaśnień podał, cyt. „(...) niniejszym Wykonawcy oświadczają że:

- 1) Tłumaczenia dowodów nr 2, 3, 5.1, 8, 13, 14, załączone do Pisma Wykonawcy; oraz

2) część wyjaśnień tj. wyjaśnienie 5 i 6, zaznaczona poniżej kolorem żółtym, zgodnie z art. 8 ust 3 PZP, nie może być udostępniona, gdyż zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym „know how”.

Powyższe oznacza, że odwołujący kolejny raz zastrzegł TP tylko i wyłącznie tłumaczenia dowodów, czego zamawiający nie kwestionował. Dlatego też czynność zamawiającego dotyczącą odtajnienia treści wyjaśnień uznać należało za prawidłową. Natomiast oceniając wykazanie odwołującego, co do zasadności zastrzeżenia wyjaśnień 5 i 6 w kontekście ich lakoniczności, nie pozostawia wątpliwości, iż odwołujący nie wykazał zasadności tego zastrzeżenia.

Odnosząc się do treści wyjaśnień z dnia 14 marca 2018 roku, to kolejny raz stwierdzić należało, że odwołujący zastrzegł TP tylko i wyłącznie treść załączników, na co wskazuje pismo odwołującego, który podał, cyt. „Zastrzegamy, że treść załączników do niniejszego pisma stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawców, o której mowa w art. 11 ust. 4 ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i podlega ochronie na podstawie art. 8 ust. 3 PZP.”. Dlatego też czynność zamawiającego dotyczącą odtajnienia treści wyjaśnień uznać należało za prawidłową.

Izba nie uwzględniła stanowiska odwołującego, który podnosił, że skoro przy pierwszym piśmie z dnia 13 października 2017 roku, wykazywał zasadność zastrzeżenia informacji TP, to zastrzeżenie to obejmuje również następne wyjaśnienia. Jak bowiem wskazała Izba na wstępie, to wykonawca ma za zadanie wykazać zamawiającemu, które treści podlegają takiej ochronie i dlaczego.

Odwołujący uchybił temu obowiązkowi, dlatego też biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....