

**WYROK**  
**z dnia 22 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę Centrum Rozwoju Administracji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach – po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, stanowiących wykaz osób wraz załącznikami,**
2. kosztami postępowania obciąża Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Centrum Rozwoju Administracji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Narodowego Centrum Badań i Rozwoju, na rzecz wykonawcy Centrum Rozwoju Administracji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Skład orzekający:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający Narodowe Centrum Badań i Rozwoju prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Koordynacja i przeprowadzenie kontroli projektów konkursowych realizowanych w ramach IV Priorytetu Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki”.

II. W dniu 8 sierpnia 2013 r. Odwołujący złożył odwołanie, wobec dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert oraz zaniechania odtajnienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odtajnienia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, pomimo, że utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 2) art. 7 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach;
- 3) art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, że dokumenty zastrzeżone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.
- 4) art. 89 pkt 1 Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach z powodu rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach;
2. odtajnienia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach;
3. powtórzenie czynności oceniających;
4. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach;
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

**1) w zakresie zachowania terminu na kwestionowanie zasadności utajnienia informacji:**

W dniu 11 lipca 2013r, na wniosek Odwołującego, Zamawiający przesłał drogą elektroniczną skany ofert. W ofercie Przystępującego, zastrzeżono strony od 98 do 144 jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący pismem z dnia 18 lipca 2013 r. wniósł o odtajnienie informacji zawartych w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach w zakresie wykazu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia. W dniu 19 lipca 2013r. Zamawiający wezwał tych wykonawców wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W odpowiedzi wykonawcy, przesłali pismo argumentujące swoje stanowisko, wraz ze zgodą na odtajnienie doświadczenia trzech osób zawartych w ofercie. W dniu 31 lipca 2013 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu drogą mailową informację o odtajnieniu informacji w zakresie doświadczenia trzech osób. W dniu 2 sierpnia br. Odwołujący, zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem, czy była prowadzona jakakolwiek korespondencja z wykonawcami w zakresie wyjaśnień związanych z zaproponowaniem przez niego rażąco niskiej ceny, na co w odpowiedzi, w dniu 5 sierpnia 2013 r. Zamawiający przesłał swoje stanowisko w tym zakresie.

**2) W zakresie zarzutów dotyczących bezpodstawnego utajnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach wykazu osób:**

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 *ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.)*. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się niejawną dla wiadomości publicznej informację techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W odniesieniu do oferty złożonej przez konsorcjum w składzie: InfoAudit Sp. z o.o. oraz Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. trudno zgodzić się ze stanowiskiem, że zastrzeżone w ofercie informacje posiadają wartość gospodarczą, gdyż wykonawcy nie wykazali, na czym polega ta wartość. W swojej odpowiedzi, zawartej w piśmie z dnia 23.07.2013r. w czterech punktach uzasadnili swoje stanowisko, które zdaniem Odwoływającego, absolutnie nie może zostać uznane, za wystarczające dla stwierdzenia, że informacje w postaci wykazu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwoływający podniósł, w odniesieniu do wyjaśnień motywujących zasadność zastrzeżenia informacji:

**- co do argumentacji, dotyczącej poniesienia dużych kosztów związanych z rekrutacją i przeszkoleniem ekspertów:** Poniesienie kosztów rekrutacji i szkolenia stanowi element prowadzonej przez Konsorcjum działalności. Nie sposób ustalić związku logicznego pomiędzy faktem poniesienia kosztów rekrutacji i szkolenia danej osoby a koniecznością objęcia klauzulą niejawności wszelkich informacji osoby jej dotyczących, w tym posiadanych kwalifikacji i dorobku zawodowego;

**- co do argumentacji, wskazującej na stosowanie skutecznych metod ochrony danych osobowych, które zapobiegają wyciekowi baz danych o ekspertach,** Odwoływający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1016/12: *„Skład orzekający Izby podzielił pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 8 grudnia 2005 r. (sygn. akt VIII Ca 881/05), który stwierdził, że nie jest możliwe utajnienie dokumentów potwierdzających posiadanie przez osoby odpowiednich uprawnień, w tym także posiadanych kwalifikacji. Ponadto zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Koszalinie z 8.12.2005 r., sygn. akt VII Ca 881/05: „Nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa (...) wykaz wykonanych w ostatnich trzech latach usług, wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia wraz z dokumentami poświadczającymi ich kwalifikacje (...), gdyż mieszczą się one w katalogu dokumentów i informacji, których może żądać zamawiający w celu wykazania spełniania warunków do*

udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego wyklucza możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności.”;

- **co do argumentacji, dotyczącej ochrony unikalnego pomysłu, polegającego na zastosowaniu geograficznej dyspersji przy rekrutacji, która umożliwi ograniczenie kosztów przemieszczania oraz kosztów hotelowych, co zapewnia przewagę konkurencyjną**, Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1016/12: *„Nie jest zatem wystarczające wskazanie w wyjaśnieniach, że zastrzegane informacje zostały przygotowane specjalnie dla tego postępowania i zawierają dane o charakterze technologicznym i organizacyjnym, posiadają indywidualny charakter i stanowią know-how wykonawcy. Ponadto zwrócić należy uwagę, że przepis art. 8 ust 3 p.z.p. implementuje art 6 dyrektywy europejskiej 18/2004. Jak słusznie zauważa KIO w wyroku z dnia 18 stycznia 2012 r., KIO 59/12, Trybunał Sprawiedliwości Unii europejskiej (TS w swoich orzeczeniach dotyczących tej materii kładzie nacisk na zbilansowanie interesu wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji z koniecznością zapewnienia ochrony prawnej innym wykonawcom. Zamawiający dokonując badania zasadności utajnienia części oferty winien rozważyć czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mające co prawda charakter poufny, posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania.”* (wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1016/12); *„Tylko indywidualnie dobrane rozwiązania oraz stanowiące know-how wykonawcy mogą być przedmiotem zastrzeżeń jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa. Tym samym tylko te elementy opisu oferty, które zawierają szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, stanowią o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy i mogą nie podlegać ujawnieniu innym wykonawcom, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.”;*

- **co do argumentacji wskazującej na występowanie sytuacji, w których konkurencyjne firmy po zapoznaniu się z listą ekspertów zwracają się do nich z propozycją współpracy, co jest aktem nieuczciwej konkurencji ponieważ nie ponoszą wtedy kosztów rekrutacji, weryfikacji, przeprowadzania testów wiedzy oraz szkoleń**, Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1016/12: *„Z punktu widzenia niniejszego postępowania istotne jest, iż w przywołanej sprawie wykonawca uzasadniał konieczność utajnienia informacji zawartych w wykazie osób twierdząc, iż „podawanie konkurencji danych ww. osób może w skrajnym przypadku*

doprowadzić do próby ich wrogiego przejęcia przez konkurencyjnych wykonawców, tym bardziej, że rynek potencjalnych firm specjalizujących się w wykonawstwie tego rodzaju obiektów, jak będący przedmiotem zamówienia jest stosunkowo wąski. Utrata ww. osób oznaczałaby konkretną, wymierną stratę finansową dla konsorcjantów lub firm, które z nimi współpracują".(...) KIO uznała, że w podnoszonych przez wykonawców okolicznościach zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji z tych Wykazów było niezasadne i tym samym wskazane zarzuty w całości podlegają uwzględnieniu. Izba uznała bowiem, że tylko informacja związana z kompletowaniem zespołu specjalistów tj. informacja o osobach z którymi prowadzi się negocjacje - tak jak podnosi się w orzecznictwie KIO i sądowym - na etapie przed złożeniem oferty mogłaby być uznana za informację obiektywnie poufną, zwłaszcza w przypadku rzadkich poszukiwanych na rynku specjalności i tym samym jako tajemnica przedsiębiorstwa korzystać z ochrony przed jej ujawnieniem. Z chwilą złożenia oferty - zdaniem Izby - nie jest możliwe kwalifikowanie listy kandydatów, którzy z chwilą wyboru oferty wykonawcy zostaną skierowani do realizacji zamówienia, jako zawierającej informacje poufne korzystające z takiej ochrony jak przewidziana dla tajemnicy przedsiębiorstwa i niepodlegającej ujawnieniu. W konkluzji Izba stwierdza, że wymienione wyżej informacje wynikające z Wykazu wykonanych robót oraz z Wykazu osób nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa, gdyż mieszczą się one przede wszystkim w katalogu dokumentów i informacji, których zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego wyklucza w konsekwencji, co do zasady, możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności w całości." (wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1016/12).

Odwołujący wskazał, że konsorcjum w składzie InfoAudit Sp. z o.o. oraz Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. wprowadziło Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje odnośnie prowadzonej przez siebie polityki ochrony informacji gospodarczych w postaci wykazu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia -Odwołujący podał, że doskonale zna potencjał gospodarczy, techniczny i organizacyjny oferenta występującego wspólnie: InfoAudit Sp. z o.o. oraz Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. gdyż w ciągu ostatnich 18 miesięcy również uczestniczył bezpośrednio lub poprzez podmioty powiązane w realizacji zamówień pozyskanych w ramach konsorcjum z firmami: InfoAudit Sp. z o.o. oraz Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. Odwołujący przedstawił wykaz postępowań, w których firmy: InfoAudit Sp. z o.o. oraz Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. występowały wspólnie lub też z udziałem Odwołującego, bądź z udziałem podmiotów powiązanych z Odwołującym.

W ocenie Odwołującego, w żadnym z wskazanych postępowań, których charakter jest tożsamy z zamówieniem, którego dotyczy odwołanie, ani firma InfoAudit Sp. z o.o. ani Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. nie zastrzegły wykazu osób jako tajemnicy

przedsiębiorstwa. Na potwierdzenie tego faktu, Odwołujący załączył część oferty złożonej przez konsorcjum Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. oraz InfoAudit Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości na „*Audyt Regionalnych Instytucji Finansujących za poszczególne kwartały lat 2013 - 2014*”, znak sprawy: r/102/DKW/2013, z terminem składania ofert: 10 lipca 2013 r., wskazując, że nie można traktować pewnej wiedzy jako tajemnicę w jednym postępowaniu, zaś w innym jako informację jawną.

Zdaniem Odwołującego, żadna z przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w przypadku zastrzeżonej części oferty złożonej przez konsorcjum nie zachodzi, co znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie: wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2011 r. (sygn akt KIO 2470/11, KIO 2480/11): *„Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: "zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”.*

Odwołujący wskazał na uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). oraz wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2012 r. w spr. sygn. akt: KIO 679/12, KIO 700/12.

Zdaniem Odwołującego, nieprawdziwe jest wyjaśnienie złożone przez konsorcjum w składzie InfoAudit Sp. z o.o. oraz Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. a utajnienie wykazu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia miało na celu jedynie uniemożliwienie weryfikację kwalifikacji wykazanych w ofercie konsultantów. Właśnie takie zachowanie oferenta, świadomie wprowadzającego Zamawiającego w błąd ogranicza jawność prowadzonych postępowania i jest naruszeniem przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z zapisami tej ustawy, czynem takim jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klientów. Podobne wnioski wynikają z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z dnia 2 lipca 2012 r. (1287/12). w którym uznano, iż pod tym pojęciem należy rozumieć działanie



sprzeczne z prawem. Również z przepisami odrębnych ustaw. mające wpływ na sytuację innych uczestników przetargu naruszające uzasadnione interesy gospodarcze. powodując tym samym utrudnieniu w dostępie do rynku.

Odwołujący podkreślił, że odstąpienie oferty służyć ma przede wszystkim weryfikacji prawdziwości danych zawartych w tej ofercie. Odwołujący znając potencjał konsorcjum w składzie: InfoAudit Sp. z o.o. oraz Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. oraz wymagania stawiane przez Zamawiającego w SIWZ ma uzasadnione podejrzenia, że osoby wykazane w ofercie nie spełniają wymagań w zakresie doświadczenie wymaganego przy realizacji przedmiotowego zamówienia oraz że konsorcjum w składzie: InfoAudit Sp. z o.o. oraz Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. posłużyło się potencjałem osobowym Odwołującego bez jego zgody, co już się zdarzyło w przypadku postępowania na „*Audyt Regionalnych Instytucji Finansujących za poszczególne kwartały lat 2013 - 2014*” prowadzonego przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości.

**3) W zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach:**

Odwołujący nie zgodził ze stanowiskiem Zamawiającego w zakresie niskiej ceny, zawartym w piśmie z dnia 5 sierpnia 2013 r. Na realizację zamówienia, Zamawiający przeznaczył kwotę brutto: 2.504.030,68 złotych. W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców:

1. Konsorcjum firm: Lider: DPC A. Danyliczenko i Spółka Sp. j. w Opolu i Kontafin Sp. z o.o. w Siedlcach z ceną oferty brutto 2.112.156,00 złotych;
2. Konsorcjum firm Lider: InfoAudit Sp. z o.o. w Warszawie i Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. w Katowicach z ceną oferty brutto: 1.441.314,00 złotych;
3. Centrum Rozwoju Administracji Sp. z o.o. w Szczecinie z ceną oferty brutto: 1.959.390,00 złotych.

Odwołujący podał, że ustawodawca polski nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena”; również dyrektywa 2004/18/WE nie określa, co należy rozumieć pod tym pojęciem, biorąc jednak pod uwagę brzmienie ww. przepisu, kwestię czy zaoferowana cena jest rażąco niska, należy rozpatrywać w odniesieniu do konkretnego postępowania. Zamawiający nie podjął żadnych kroków związanych z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny a jedynie przyjął, że różnica pomiędzy najniższą ceną a wartością, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia wynika z błędnego oszacowania wartości zamówienia.

Jest to argument zupełnie nietrafiony, gdyż zawsze można wytłumaczyć w ten sposób stosowanie cen dumpingowych i odstąpienie od konieczności badania, czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę. Dodatkowo błędnym jest również argument o rosnącej

konkurencji w segmencie usług, którego przedmiotowe postępowanie dotyczy. Wręcz przeciwnie, liczba podmiotów w tym segmencie jest mocno ograniczona ze względu na wymagane doświadczenie i kwalifikacje Wykonawców.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że w przedmiotowym postępowaniu „jedynym możliwym punktem odniesienia przy badaniu rażąco niskiej ceny może być średnia cena ofert” - takie stanowisko jest błędne i niczym nie uzasadnione. Należy zwrócić uwagę, że najniższa cena stanowi zaledwie 57,50% kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, podczas gdy ceny zaoferowane w dwóch pozostałych ofertach są do siebie zbliżone i wynoszą odpowiednio: 84,3% i 78,2%.

III. Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienia wykonawcy: DPC Danylczenko i Spółka sp. j. w Opolu a także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach.

Uznano, że wykonawca DPC A. Danylczenko i Spółka Sp. j. w Opolu, nie wskazując strony, do której nastąpiło przystąpienie oraz w żaden sposób nie wskazując związku podanej w przystąpieniu argumentacji z własną sytuacją, która mogłaby przekładać się na interes tego wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść, nieokreślonej przez siebie strony, nie wykazał wymaganych treścią art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przesłanek. Wykonawca ten bowiem podał jedynie: „*Niniejszym przystępuję do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania. Interes prawny Wykonawcy przejawia się w tym, że w rozpatrzenia odwołania i powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – zamówienie może zostać udzielone reprezentowanemu przeze mnie wykonawcy*”. Ponadto, w przedmiotowym postępowaniu uczestniczą wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - DPC A. Danylczenko i Spółka Sp. j. w Opolu i Kontafin Sp. z o.o. w Siedlcach, a nie tylko DPC A. Danylczenko i Spółka Sp. j. w Opolu. Z treści przystąpienia nie wynika natomiast, by ten podmiot złożył przystąpienie w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a przeciwnie – z części nagłówkowej wyraźnie wynika, że przystąpienie złożono „*w imieniu reprezentowanego przeze mnie wykonawcy: DPC A. Danylczenko i Spółka Sp. j., ul. Konsularna 1/21, 45-089 Opole*”. Stąd uznano przystąpienie DPC A. Danylczenko i Spółka Sp. j. w Opolu, za złożone nieskutecznie.

Następnie, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach zaprezentowali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego w sposób następujący: „*Adn. 1 Pozostać przy stanowisku utajnienia wykazu osób. Odtajnienie wykazu osób spowodowało*

*by ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa InfoAudit Sp. z o.o. oraz Grupa Gumułka Sp. z o.o. Adn. 2 W przypadku podjęcia badania co do przedstawionej przez nas ceny, mogło by się okazać, że nasza oferta nie jest najkorzystniejsza naraziło by to nas na zbędną procedurę obalenia niezasadnych argumentów Odwołującego.”. Tak zaprezentowane uzasadnienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia pozwala uchwycić kierunek oczekiwań wykonawcy co do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania oraz interes, który wyraża się w rozstrzygnięciu pozytywnym dla Zamawiającego, a w konsekwencji – złożone przystąpienie należało uznać za złożone skutecznie.*

**IV.** Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o uznanie zarzutów, dotyczących bezpodstawnego zastrzeżenia informacji przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach za postawione z uchybieniem terminu, oraz o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

#### **I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do postawionych w odwołaniu zarzutów, wskazujących na bezpodstawne objęcie zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie osób, na wstępie, nie podzielono stanowiska Zamawiającego, jakoby wskazane zarzuty zostały postawione po upływie terminu. Istotnie, w orzecznictwie przyjmuje się, że termin na kwestionowanie zastrzeżenia informacji, należy liczyć od pierwszej czynności, kiedy wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o bezpodstawnym objęciu informacji zastrzeżeniem.

W analizowanej sprawie, Zamawiający, pismem z dnia 19 lipca 2013 r. wystąpił do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia informacji, wyznaczając termin na udzielenie odpowiedzi do dnia 24 lipca 2013 r. po uzyskaniu odpowiedzi, Zamawiający w dacie 29 lipca 2013 r. poinformował Odwołującego, że (...) w nawiązaniu do Państwa pisma z dnia 18.07.2013 r. znak CRA 76/07/2013,

*informuję, że częściowo odtajnia informacje zawarte w ofercie złożonej przez Konsorcjum firm InfoAudit Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o. z siedziba w Katowicach, w zakresie pozycji 15, 17 i 18 Wykazu osób załączonego do oferty ww. Wykonawcy. Jednocześnie przesyłamy skany Załącznika nr 6 w odtajnionej części”.*

Nie jest tak – jak wskazywał Zamawiający oraz Przystępujący po jego stronie wykonawca, że już w dniu 10 lipca 2013 r. wykonawca powziął wiadomość o uznaniu za utajnione informacji w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach. Mail wystosowany w tej dacie ma następującą treść „*W załączeniu skany ofert proszę o potwierdzenie otrzymania wiadomości. Wykonawca InfoAudit zastrzegł pozostałą część oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa*”. Wskazana wiadomość (mail), bardzo ogólna w swej treści nie mówi nic o stosunku Zamawiającego do zastrzeżenia informacji, stwierdza jedynie fakt zastrzeżenia. Nie podaje, że Zamawiający uznał to zastrzeżenie za prawidłowe, że przeprowadził badanie zasadności zastrzeżenia informacji. Co istotne, tę wiadomość Zamawiający wystosował bezpośrednio po otwarciu ofert, gdy Odwołujący zwrócił się o udostępnienie dokumentów w ofertach konkurencyjnych. To także mogło potwierdza, że Zamawiający nie przeprowadził do tego czasu analizy zasadności zastrzeżenia informacji, skoro zakomunikował o fakcie zastrzeżenia w zasadzie bezpośrednio po otwarciu ofert, bez żadnych innych informacji, wskazujących na ocenę, że zastrzeżenie informacji spotkało się z jego pozytywną oceną. Oznacza to tyle, że Zamawiający we wskazanym mailu nie wyartykułował, czy zakończył badanie zasadności objęcia zastrzeżeniem informacji i jaki jest jego stosunek do tego zastrzeżenia, a potwierdzeniem tego jest podjęcie później, po tym komunikacie wobec Odwołującego, dalszych czynności w przedmiocie badania zasadności utajnienia informacji, w tym wezwanie Przystępującego z dniem 23 lipca 2013 r. do wyjaśnienia zasadności tego zastrzeżenia, a następnie podanie Odwołującemu w dniu 29 lipca 2013 r., że odtajnione zostały określone informacje w ofercie Konsorcjum firm InfoAudit Sp z o.o. w Warszawie oraz Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o. w Katowicach. Zatem dopiero od tej daty Odwołującemu jednoznacznie zakomunikowano, o zamiarze uhonorowania objęcia zastrzeżeniem informacji w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, stąd dopiero od tego momentu Odwołujący mógł kwestionować powyższą czynność Zamawiającego w ustawowym, dziesięciodniowym terminie, co też czyni odwołanie, złożone w dniu 8 sierpnia 2013 r. odwołaniem złożonym w terminie.

## **II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

## **III. W ZAKRESIE POSTAWIONYCH W ODWOŁANIU ZARZUTÓW, UWZGLĘDNIONO OKOLICZNOŚCI:**

Na wstępie zaakcentowania wymaga, kilka podstawowych regulacji, które mają znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii, wyznaczonych zakresem złożonego przez Centrum Rozwoju Administracji sp. z o.o. w Szczecinie, odwołania.

Po pierwsze, dla uwzględnienia odwołania konieczne jest zaistnienie naruszenia przepisów, które ma, albo może mieć, wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Po drugie, zakres rozpoznania przez Krajową Izbą Odwoławczą wyznacza treść złożonego odwołania – w myśl art. 192 ust. 5 ustawy – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a w myśl § 34 ust. 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48 poz. 280 ze zm.)*, orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej zawiera w przypadku wyroku m.in. rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego.

Każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu wyłącznie w zakresie, jaki wynika z podniesionych w nim zarzutów. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy*

*rozpatrywaniu odwołań*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Z postawionymi zarzutami skorelowane jest żądanie, kierowane w związku z podnoszonymi nieprawidłowościami w działaniu Zamawiającego. Ono to bowiem wyznacza zakres rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą – w myśl § 34 ust. 1 powołanego *rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*, orzeczenie wydawane przez Krajową Izbę Odwoławczą zawiera, w przypadku wyroku, rozstrzygnięcie o żądaniach stawianych przez odwołującego lub odwołujących lub – co po myśli art. 192 ust. 3 2) i 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, następuje z urzędu – rozstrzygnięcie o karze finansowej, unieważnieniu umowy w całości bądź w części, o skróceniu okresu obowiązywania umowy albo o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy.

Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń.

Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wyartykułowane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu.*

(...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”. We wskazanym orzeczeniu, Sąd uznał za niedopuszczalne rozstrzygnięcie przez Krajową Izbę Odwoławczą o zasadności odwołania, w którym Odwołujący kwestionował zaniechanie zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie podnosząc zarazem zarzutów dotyczących oceny wyjaśnień wykonawcy dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, które w postępowaniu zostały przez kwestionowanego wykonawcę złożone.

[1] Mając na względzie powyższe wytyczne stawiane przez orzecznictwo sądowe uznano, że nie można rozszerzająco traktować zarzutu w odniesieniu do zarzutów, podniesionych w odwołaniu, a wskazujących wyłącznie na podstawę do odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zaś na konieczność dokonania czynności wezwania wykonawców przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy.

Podkreślenia wymaga, że w powyższej mierze Odwołujący podniósł zarzut nawiązujący jedynie do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (pkt 4 odwołania: „zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach z powodu rażąco niskiej ceny.”), nie wskazując zarazem na zaistnienie okoliczności uzasadniających zastosowanie procedury wynikającej z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy. Potwierdza to także stawiane żądanie „odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach”, a nie żądanie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. Także argumentacja odwołania nie wskazuje, by jego zakres zmierzał do wykazania, że zamawiający w świetle okoliczności sprawy, powinien być powziąć wątpliwości co poprawności kalkulacji ceny w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach.

Podkreślenia wymaga, że zarzut w kształcie i treści, jak postawiony w niniejszym postępowaniu, nakierowany na odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, bez uprzedniego wezwania tych wykonawców, nie mógł być brany pod uwagę. Także przypisane mu żądanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, wobec braku ewentualnego wezwania do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie mogłoby być uwzględnione. Skoro Odwołujący nie postawił żądania wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i odpowiadającej mu argumentacji, nakierowanych na wykazanie, że ocena ofert wymienionych czterech wykonawców była przedwczesną, bez zbadania poprawności kalkulacji ceny, nie można było podzielić zarzutów i ich uzasadnienia, odnoszących się do obowiązku uznania cen ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach za zawierających rażąco niską cenę. Orzeczenie o powyższym – za uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12 – stanowiłoby wyjście poza zakres stawianych zarzutów, czemu sprzeciwia się art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że wyjaśnienie przez Zamawiającego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy jest samodzielną, odrębną czynnością w postępowaniu, inną zaś czynnością jest podejmowana w konsekwencji oceny tych wyjaśnień decyzja o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Jednoznacznie co do tego wypowiedział się Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12, uznając, że wykraczającym poza podniesione zarzuty wskazujące na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy było uznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że cena w ofercie wykonawcy jest rażąco niska na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, co do których odwołujący w danym postępowaniu nie postawił zarzutów, a wręcz przyznał, że nie było mu wiadomym, że takie wyjaśnienia złożono. Sąd wyraźnie podał, że: *„Najistotniejszym, zdaniem Sądu Okręgowego jest fakt, że odwołanie Infostrategii wobec złożenia przez Konsorcjum Itmed wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. winno sprowadzać się już nie do wykazania, że cena oferty Konsorcjum Itmed jest rażąco niska,*



a do wykazania jedynie nieprawidłowej oceny przez zamawiającego złożenia wyjaśnień. Na tym etapie postępowania przedmiotem zainteresowania może być jedynie dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień dotyczących ceny – czy te wyjaśnienia rozwiewają wątpliwości w odniesieniu do ceny, czy ich treść pozwala na kateryczne stwierdzenie, że cena została skalkulowana poprawnie uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia. Odwołanie złożone przez Infostrategię nie zawiera żadnego odniesienia się do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Itmed. Podniesione w nim ogólnikowe zarzuty dotyczą rażąco niskiej ceny w kontekście braku wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p.”

Zaniechanie odniesienia się przez Odwołującego do obowiązku Zamawiającego do obowiązku wezwania przez Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy) oraz postawienia zarzutu naruszenia tego przepisu 90 ust. 1 ustawy, czyniło niedopuszczalnym orzeczenie o rażąco niskiej cenie.

Tym samym, zarzut ten podlega oddaleniu jako przedwczesny. Podkreślenia wymaga akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd, że „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonso”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Prawo zamówień publicznych, która stanowi w art. 90 ust. 1, że „w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej, bez wcześniejszego umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że Zamawiający nie wzywał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy). Zatem żądanie odrzucenia oferty tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, należało ocenić jako przedwczesne, a tym samym - nieuzasadnione. Już powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

Niezależnie od wyżej wskazanej argumentacji, dostrzeżenia wymaga artykułowane w dotychczasowym orzecznictwie i wciąż aktualne stanowisko, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). Nie można także - co przeczyłoby zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu (tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989r., w sprawie C-103/8 - „Fratelli Constanzo”). Tym samym, Zamawiający nie jest w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania rażąco niskiej ceny w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia.

Wielokrotnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądowe wskazywało, że: *„ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie”*. (Wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12.06.2008 r., sygn. akt: X Ga 140/08, wyrok KIO z dnia 13 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, czy też wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 284/09), że: *„Pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane w ustawie Prawo zamówień publicznych. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub*

wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 („Transporoute”) i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 („Fratelli Costanzo”). Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej (wyrok KIO z dnia 24 marca 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09). Nie wolno bowiem zapominać, że: „zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie” (wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08).

Biorąc pod uwagę powyższe wytyczne, po pierwsze, podkreślenia wymaga, że samo porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu do wartości szacunkowej zamówienia (2.035.797,30 zł, to jest 506.467,63 euro) albo kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia: 2.504.030,68 zł, nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że Zamawiający winien poddać szczególnej analizie ceny ofert i uznać, że zostały niewłaściwie skalkulowane. Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Oczywistą i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do nie dających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego. Ta konkurencja jest wręcz wkomponowana w postępowanie o zamówienie publiczne, którego istotą, przy kryterium stanowiącym cenę, jest - z perspektywy wykonawcy - konkurowanie ceną. Oczywistym jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia zwykle nie znajduje bezpośredniego przełożenia w cenach ofert, jakie zostają złożone. Istotne jest czy, ceny złożonych w postępowaniu ofert mają charakter realnych, pozwalających za nie wykonać zamówienie. Powyższe powinno odnosić się nie tyle do wartości szacunkowej, co do cen oferowanych na rynku, kosztów i nakładów koniecznych do poniesienia na realizację zamówienia.

Po drugie, lektura dokumentów postępowania pozwala na spostrzeżenie, że rozpiętość cen ofert złożonych w postępowaniu nie jest na tyle znacząca, by zachodziły podstawy do zastosowania dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – złożone oferty opiewają na kwoty: DPC A. Danylczenko i Spółka Sp. j. w Opolu i Kontafin Sp.

z o.o. w Siedlcach - 2.112.156,00 zł, Centrum Rozwoju Administracji Sp. z o.o. w Szczecinie - 1.959.390,00 zł, InfoAudit Sp. z o.o. w Warszawie i Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. w Katowicach - 1.441.314,00 zł.

Nie sposób pomijać okoliczności, że w sprawie mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia o charakterze usługowym, w którym znaczącą część kosztów związanych z realizacją zamówienia stanowi koszt pracy ludzkiej. Koszt wykonania tego zamówienia zależy w relatywnie dużym stopniu od wykonawcy, przykładowo od rodzaju relacji łączących wykonawcę z pracownikami, usługodawcami, łatwiej też tutaj o większą swobodę w ustaleniu zróżnicowanych stawek wynagrodzenia. Koszt ten w znacznej mierze może więc być poddany optymalizacji, przez takie czy inne rozwiązania o charakterze organizacyjnym, nie wymagające ponoszenia nakładów o charakterze rzeczowym. Stąd zastrzeżenia Odwołującego, oparte jedynie na porównaniu cen ofert wykonawców, nie odnoszące się w żadnej mierze, choćby pośrednio, do ponoszonych kosztów związanych z realizacją zamówienia, zdają się być podniesionymi w oparciu o przypuszczenia Odwołującego, które jednak nie tylko nie zostały nie tylko wykazane, ale nawet uprawdopodobnione. Stąd także z tego powodu, zarzuty Odwołującego, nakierowane na wykazanie, że cena oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach jest rażąco niska, nie zasługiwały na aprobatę.

**[2]** Potwierdziły się natomiast zarzuty wskazujące na bezpodstawne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach informacji, dotyczących osób, przeznaczonych do realizacji zamówienia.

Po pierwsze, postępowanie o zamówienie publiczne jest prowadzone w warunkach transparentności - zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 ustawy, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności przejawia się w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne *„z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym*

*jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”; a także „Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że zastrzegli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania (zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090)” (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiaryz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2, LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114 115).*

Odstępstwa od tej, podstawowej zasady należy traktować ściśle i ograniczać do sytuacji, kiedy potrzeba ochrony indywidualnego interesu wykonawcy, a niekiedy nawet podmiotów nie uczestniczących w postępowaniu, doznaje prymatu nad umożliwieniem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu realizacji zasady jawności i prawa do zapoznania się z zawartością ofert. W takim jednak wypadku, spełnione być muszą warunki, jakie przepisy stawiają dla możliwości traktowania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 tej ustawy, 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*. Przyjmuje się, w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: *„zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”*.

Po drugie, w postępowaniu o zamówienie publiczne, to rzeczą wykonawcy jest przekonanie zamawiającego, że w konkretnej sytuacji zachodzą okoliczności wyłączające tę zasadę.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwrotu „niezbędność”. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. *„w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych*

*(Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa*

*w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji".* Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanne ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca – dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych, wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Stąd oceny dopuszczalności zastrzeżenia oraz odstąpienia od respektowania w postępowaniu o zamówienie publiczne zasady jawności, dokonywać trzeba na podstawie aktów wykonawcy zainteresowanego takim zastrzeżeniem – na podstawie dokonanego przez niego wyjaśnienia zasadności takiego zastrzeżenia.

Stwierdzenie przez Zamawiającego, że określone informacje stanowią lub nie tajemnicę przedsiębiorstwa, winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny przez Zamawiającego złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, motywujących zasadność takiego objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Inicjatywa w tym zakresie należy do wykonawcy, to wykonawca bowiem, jako dysponent określonych informacji, jest zobligowany

do wykazania wobec Zamawiającego, że zachodzi szczególna sytuacja, uzasadniająca traktowanie określonych informacji jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Po trzecie, nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową starannością.

Po czwarte, zaistnienie określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanek, skutkujących uznaniem informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca, jako dysponent tych informacji, winien wykazać – leży to w jego wyłącznej gestii, jego obowiązku. Obejmuje to wykazanie, że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa – może znaleźć uchwytne wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów i straciłby przez to monopol na dysponowanie wartościowymi na danym rynku informacjami.

Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Te informacje muszą przy tym należeć do wykonawcy.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu – w celu wyjaśnienia, czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – zwrócił się, pismem z dnia 19 lipca 2013 r., do Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zasadności zastrzeżenia.



Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach podali w wyjaśnieniu:

*„Pkt. 1 - zastrzeżone informacje w złożonej ofercie dotyczące wykazu ekspertów stanowią tajemnicę organizacyjno - techniczną i posiadają ogromną wartość zarówno dla Lidera konsorcjum jak i Partnera konsorcjum.*

*Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał dysponowania co najmniej 8 zespołami kontrolującymi, z których każdy złożony będzie z co najmniej dwóch osób tj. łącznie 16 osobami.*

*Spełniając warunki Zamawiającego z dołożeniem należytej staranności wykazaliśmy w ofercie łącznie 39 osób. Aby znaleźć tylu ekspertów i zapewnić bezproblemowe wykonanie usługi, na etapie przygotowywania oferty ponieśliśmy duże koszty związane z rekrutacją i przeszkoleniem ekspertów. Opracowaliśmy unikalny pomysł polegający na zastosowaniu geograficznej dyspersji przy rekrutacji, która umożliwia ograniczenie kosztów przemieszczania się oraz kosztów hotelowych, co zapewnia nam przewagę konkurencyjną.*

*Partner konsorcjum na swojej stronie internetowej [www.gumulka.pl](http://www.gumulka.pl) podaje tylko skład kadry zarządzającej, która nie jest objęta działaniami prowadzonymi do ochrony poufności. Mając powyższe na uwadze wycofujemy z zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa następujące nazwiska ekspertów wykazanych w ofercie:*

- (...)

*Zamawiający jest uprawniony do podjęcia zabiegów technicznych aby odtajnić jedynie wykazane powyżej osoby, ale zachować tajność pozostałych osób.*

*Konkurencyjne firmy po zapoznaniu się z listą naszych ekspertów zwracają się do nich z propozycją współpracy, co jest aktem nieuczciwej konkurencji, ponieważ nie ponoszą wtedy kosztów rekrutacji, weryfikacji kwalifikacji, przeprowadzania testów wiedzy oraz szkoleń.*

**Pkt 2.** *InfoAudit Sp. z o.o. zapewnia, że dba o bezpieczeństwo udostępnianych danych osobowych, w szczególności przed dostępem osób nieupoważnionych. Dane zawarte w plikach systemowych znajdują się w sieci lokalnej LAN, która zabezpieczona jest profesjonalnym routerem z wbudowanym sprzętowym firewallem. Dodatkowo wszystkie stanowiska znajdują się w jednolitej klasie adresacji IP. Żadne pliki zawierające dane osobowe oraz informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie są publikowane w Internecie. Jednocześnie nadmieniam, że wewnątrz firmy stosuje się profesjonalny tryb*

*uwierzytelnienia. Firma prowadzi politykę bezpieczeństwa danych w której m.in. określone są zasady: złożoności haseł oraz częstotliwości ich zmiany, zakładania i likwidacji kont, itp.*

*Oprócz zabezpieczeń informatycznych, eksperci zobowiązani są do zachowania poufności informacji w podpisywanych umowach cywilnoprawnych czy etatowych.*

*Pkt 3*

*10 000,00 zł - taką wartość zainwestowaliśmy w ostatnich miesiącach na rekrutację, spotkania i szkolenia nowo zatrudnionych ekspertów.*

*Cenniejsza jest jednak wiedza i jakość jaką wnoszą eksperci współpracujący z Nami i Partnerem konsorcjum, którzy są często wieloletnimi specjalistami w swoich dziedzinach. Aby realizować tak duże zlecenia jakim jest postępowanie o które się ubiegamy, musimy zapewnić zarówno sobie jak i zamawiającemu pełen komfort rzetelności wykonania zlecenia. Aby ograniczać ryzyko związane z odejściem wyszkolonych osób do konkurencyjnej firmy, każdorazowo w przetargach występujemy do Zamawiającego z prośbą o utajnienie listy ekspertów. Pozwala to na bezproblemowe kontynuowanie współpracy i ogranicza nieuczciwe praktyki naszych konkurentów."*

W ocenie Izby, złożone wyjaśnienia nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy z całą mocą podkreślić, że jawność postępowania jest zasadą, co oznacza, że ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Podkreślenia przy tym wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne - w tym przypadku spoczywa on na wykonawcach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), zamawiający winien zbadać „skuteczność dokonanego przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji." Zatem obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do

każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający obowiązkowi temu nie uczynił zadość.

Zamawiający poprzestał na przyjęciu oświadczenia wykonawcy o podtrzymaniu woli zastrzeżenia informacji, podczas gdy treść wyjaśnienia zasadności takiego zastrzeżenia nie pozwala przyznać informacjom przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa. O ile zgodzić się trzeba z tezą, prezentowaną przez Zamawiającego na rozprawie, że Zamawiający nie ma w tym zakresie pozycji śledczej i nie musi dochodzić i weryfikować informacji objętych przez wykonawcę zastrzeżeniem, to w powyższym zakresie istotne jest, że ciężar i inicjatywa spoczywa na wykonawcy. Zamawiający nie musi zatem wczuwać się w pozycję śledczego – to rolą wykonawcy zastrzegającego informacje jest przekonanie Zamawiającego, że informacje uzasadniają odstępstwo od fundamentalnej zasady postępowania, jaką jest jego jawność. Takie, nie pozostawiające wątpliwości umotywowanie zastrzeżenia, jest zadaniem wykonawcy, zaś pewność o tym czy, dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie, Zamawiający ma otrzymać na podstawie aktów pochodzących od wykonawcy. Jeśli ten decyduje się wkroczyć w procedurę opartą o zasadę jawności, winien wykazać zamawiającemu, że zachodzi sytuacja szczególna, wyłączająca z zasady jawności określone informacje. Brak staranności w wykazaniu powyższego, wszelkie niedomówienia, nie mogą skutkować domniemaniami, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a przeciwnie – pozostawiony niedosyt informacyjny obciąża wykonawcę i powinien skutkować uznaniem, że wykonawca nie wykazał, by określone informacje stanowiły taką tajemnicę.

Zatem, mimo że nie można, co do zasady, wykluczyć możliwości zastrzeżenia w konkretnej sytuacji danych dotyczących osób, mających uczestniczyć w realizacji zamówienia, to badanie skuteczności ich zastrzeżenia winno być dokonywane szczególnie wnikliwie.

Wyniki postępowania przed Izbą oraz przede wszystkim wyjaśnienie złożone przez Przystępującego, nie pozwalają na stwierdzenie, że całość informacji zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Analiza wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia skłania do konkluzji, iż w odniesieniu do zawartych w wykazie osób i załącznikach do niego informacji, Przystępujący nie wykazał, że mają one charakter pozwalający na uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa:

- Przystępujący w piśmie tłumaczącym zasadność zastrzeżenia wskazał, jako mający uzasadniać objęcie zastrzeżeniem informacji o osobach, oraz „ogromną wartość” tych informacji, między innymi poniesienie dużych kosztów związanych z rekrutacją

i przeszkoleniem ekspertów, a także zastosowanie „unikalnego pomysłu, polegającego na zastosowaniu geograficznej dyspersji przy rekrutacji, która umożliwi ograniczenie kosztów przemieszczania się oraz kosztów hotelowych”, co ma zapewniać wykonawcy przewagę konkurencyjną. Na rozprawie zapytany o wskazaną rekrutację a także akcentowaną „dyspersję geograficzną” podał, że większość osób została pozyskana na użytek tego postępowania. Wyjaśnił także, że owa „dyspersja geograficzna” oznacza ustalenie kręgu osób wskazanych w wykazie i przypisanie ich odpowiednio do miejsc, gdzie będzie prowadzona kontrola.

Argumenty wskazane przez Przystępującego, zdają się wskazywać, że koszt rekrutacji ekspertów to koszt przygotowania oferty do tego konkretnego postępowania, a nie koszt związany z wypracowaniem bardziej trwałej wartości przedsiębiorstwa, w postaci stworzenia stabilnego i trwałego, wykorzystywanego w działalności wykonawcy (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego) zespołu ekspertów wyspecjalizowanych w danej materii. Przeczy temu już choćby sam fakt, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne InfoAudit spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach zawiązali konsorcjum na użytek tego postępowania, i dla tego tylko postępowania skompletowany został zespół 39 ekspertów, złożonych po części z osób pochodzących od każdego z tych dwóch wykonawców. Przystępujący konsekwentnie wskazywał, że większość osób zgromadzono na użytek przedmiotowego postępowania, potwierdza to także podkreślana w piśmie argumentacja o rekrutacji osób. Potwierdza to wreszcie stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym, dane dotyczące osób wykonujących zamówienie w trakcie jego wykonywania będą jawne, dostępne choćby na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Nie zmienia tej oceny fakt podania przez Przystępującego większej liczby ekspertów. Wszyscy eksperci zostali podani w celu wykonywania zamówienia, zatem każdy z nich może stać się uczestnikiem zespołu realizującego kontrolę. Czy tak się stanie – ryzyko obciąża wykonawcę, który wskazuje określone osoby do realizacji zamówienia.

Istotne jest przy tym, że wartość gospodarcza danej informacji nie może sprowadzać się do współpracy na użytek jedynie tego postępowania (a dokładniej: złożenia oferty) – w takim bowiem wypadku, z chwilą złożenia ofert wartość ta przestawałaby istnieć. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie.

- Ponadto, w odniesieniu do wykazu osób mających uczestniczyć w realizacji zamówienia, zasadnym jawi się pytanie, czy wartość gospodarczą miałyby w tym wypadku mieć

zestawienie osób o określonych kwalifikacjach, doświadczeniu (stworzenie zespołu, jako pewnej struktury, która jako całość wyraża pewien walor organizacyjny), czy też może istnienie między danym wykonawcą a poszczególnymi osobami relacji, które skutkują ich wzajemną współpracą. W pierwszym wypadku mielibyśmy jednak, do czynienia na gruncie analizowanej sprawy z zespołem stworzonym ad hoc, dla potrzeb określonego postępowania, spełniających postawione w nim wymagania, przez co trudno rozpatrywać tę sytuację, jako wyrażającą wartość gospodarczą w innym zakresie, aniżeli odnosząca się do konkretnego postępowania, a w istocie stanowiąca koszt przygotowania oferty. Powyższe potwierdził Przystępujący na rozprawie, podając, że wskazane osoby zostały pozyskane dla tego postępowania. Ponadto, trudno mówić o wartości gospodarczej w zakresie skompletowania zespołu osób, który jako całość miał wyrażać pewne szczególne rozwiązania organizacyjne czy zarządcze, jeśli osoby te mają wykonywać czynności nie jako jeden większy zespół, ale mają być rozproszone w miejscach, gdzie będą prowadzone kontrole. W drugim wypadku, fakt współpracy między wykonawcą a określonymi osobami, w praktyce – jako pracownikami lub współpracownikami wykonawcy (umowy cywilnoprawne), w warunkach, gdy na gruncie postępowania o zamówienie publiczne chodzi o kluczowy, mający wykonywać zamówienie personel, a przez to wkraczający w sferę jawnej procedury, będzie wyjątkowo rzadką sytuacją. Po pierwsze, należy pamiętać, że w tym wypadku mamy do czynienia z wartością, jaką jest zasób ludzki. Nie mamy więc tu do czynienia z kategorią pozbawioną woli i samodzielnego działania. Jeśli tą wartością podlegającą ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa miałyby być informacje o tym, że wykonawca współpracuje z daną osobą a wartość tej informacji wyrażać się ma w ewentualnej szkodzie, jaką wykonawca mógłby ponieść w razie zerwania współpracy przez tę osobę, względnie – w wyniku jej odejścia do konkurencji (wzbogacenie konkurencji o tę osobę i tym samym podniesienie jej konkurencyjnej pozycji na rynku), to trzeba pamiętać, że człowiek nie jest walorem na trwałe związanym z wykonawcą i podlegającym pełnej dyspozycji tego wykonawcy. Ograniczenia takiej dyspozycji wynikają z postanowień regulujących te relacje stosunków. Strony mają bowiem do dyspozycji szerokie spektrum umów, jak choćby umowy o zakazie konkurencji. W tych okolicznościach, upatrywanie możliwości poniesienia szkody w ujawnieniu danych osób wskazanych do realizacji zamówienia, uzasadnione możliwością przejęcia pracowników czy współpracowników nie może pomijać, że wykonawca, który zastrzega te informacje nie wykazał, że podjął – właśnie w relacjach z tymi osobami, starania o zachowanie poufną tej informacji, przedkładając choćby umowy z osobami, gwarantujące ich dyskrecję co do wzajemnej współpracy. Jakkolwiek Przystępujący na rozprawie, zapytany o tego rodzaju umowy potwierdzał, że łączą go z osobami stosowne porozumienia, zawierające klauzule o poufności i zakazie konkurencji, to nic takiego nie wynika z pisma tłumaczącego zasadność zastrzeżenia

informacji – Przystępujący nie tylko nie udowodnił istnienia takich porozumień, składając choćby przykładowe tego rodzaju umowy, ale w we wskazanym piśmie nawet nie wspomniał ich istnienia. Z kolei, jeśli jest tak, że w ramach relacji z poszczególnymi osobami tego rodzaju klauzule, w szczególności o zakazie konkurencji są zawierane (a przez to, że te osoby stanowią „zasób” tego wykonawcy – jego wartość przedsiębiorstwa), to niezrozumiałe są obawy wyrażone w piśmie tego wykonawcy, co do możliwości posłużenia się przez konkurencyjnych wykonawców tymi osobami. W takich wypadku te porozumienia powinny zabezpieczać interesy wykonawców. Istotne jest jednak, że Przystępujący wartości gospodarczej tych informacji nie upatrywał w fakcie istnienia relacji między nim a tymi osobami, a w tym, że osoby te posiadają określone walory: wiedzę, kwalifikacje i doświadczenie. Te kategorie są natomiast w gestii wskazanych osób, informacje w tym zakresie nie stanowią wiedzy wykonawcy, którą może niepodzielnie dysponować – nie są to informacje, o których można mówić, że są nieujawnione do wiadomości innych osób i podmiotów, skoro same osoby mogą komunikować o posiadanym doświadczeniu i kwalifikacjach.

- Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach podali, że po zapoznaniu się listą ekspertów konkurencyjne firmy zwracają się do nich z propozycją współpracy, co jest aktem nieuczciwej konkurencji, ponieważ nie ponoszą wtedy kosztów rekrutacji, weryfikacji kwalifikacji, przeprowadzenia testów wiedzy i szkoleń. Biorąc pod uwagę tak zaprezentowaną argumentację, dostrzeżenia wymaga, że właściwym narzędziem jest w takiej sytuacji zabezpieczenie się przez wykonawcę przed tego rodzaju praktykami w ramach stosunków łączących z tymi ekspertami, co do których poniesiono koszty – czy to zawarcie, w związku z tymi ponoszonymi kosztami, porozumień zobowiązujących do przepracowania odpowiedniego czasu, czy zawarcie umów z tymi osobami „na wyłączność”, czy wreszcie wprowadzenie w ramach porozumień kreujących wzajemne stosunki odpowiednich postanowień dotyczących zakazu konkurencji. Nie sposób zresztą nie dostrzec, że w stosunku do relatywnie dużej liczby ekspertów mamy do czynienia ze stosunkowo nietrwałym węzłem współpracy – w złożonych życiorysach wielokrotnie wskazywano na umowy cywilnoprawne, jako stosunek łączący wykonawcę z danym ekspertem, zaś sam Przystępujący podał, że większość ekspertów pozyskano na potrzeby tego postępowania, co pozwala wnioskować, że dopiero w razie wygrania tego postępowania ta współpraca by się zmaterializowała. To wskazuje, że wykonawca, traktując w tym postępowaniu współpracę z daną osobą jako informację o szczególnej wartości, posiadającą dla niego wartość gospodarczą, nie wykazał, by w ramach relacji z tą osobą

podjął starania, by także ta osoba była związana stabilnym węzłem współpracy, z którym wiążą się dla obu stron określone obowiązki gwarantujące wzajemną współpracę. W tym wypadku informacja o wzajemnej współpracy ma bowiem wymiar dwustronny, obejmujący nie tylko perspektywę wykonawcy.

- Ponadto, Przystępujący tłumacząc w ten sposób wartość gospodarczą tych informacji nie przekonał, że wskazani eksperci – co do których warunki posiadania określonych kwalifikacji i doświadczenia postawił Zamawiający (a charakter tych nie wskazuje, że ich uzyskanie wiąże się z jakimkolwiek szkoleniem a raczej uzyskaniem konkretnego doświadczenia), byli przez wykonawcę specjalnie przeszkoleni, a przez to, by wykonawca wygenerował w odniesieniu do tych osób nową wartość, skutkującą uznaniem, że te osoby posiadają unikatowe umiejętności, co pozwalałoby traktować tę wiedzę, jako stanowiącą określoną wartość gospodarczą.

- Przystępujący podał także, że InfoAudit sp z o.o. dba o bezpieczeństwo udostępnianych danych osobowych przed dostępem osób nieupoważnionych. Podkreślenia jednak wymaga, że to rzeczą wykonawcy, który decyduje się na korzystanie z określonych osób w postępowaniu i uczestniczy w procedurze opartej z założenia o zasadę pełnej transparentności, jaką jest postępowanie o zamówienie publiczne, obowiązany jest ze swej strony, podjąć środki zabezpieczające tę sferę, w szczególności odebrać od osób godzących się na współpracę odpowiednich oświadczeń i zgody na przetwarzanie danych osobowych przez siebie, czy przekazanie ich na zewnątrz, w szczególności w ramach oferty kierowanej w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie i rozpatrywanej w jawnym postępowaniu. Kwestia zabezpieczenia danych osobowych wynika z odpowiednich przepisów i pozostaje bez związku z tym, czy dana informacja wypełnia cechy tajemnicy przedsiębiorstwa. Te kwestie są odrębne i wypełnianie obowiązków w zakresie danych osobowych nie wpływa na to, czy konkretne informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa lub nie. Dane osobowe oraz tajemnica przedsiębiorstwa to odmienne kategorie, poddane innym zasadom. Obowiązki w zakresie ochrony danych osobowych ciążyą niezależnie od tego, czy przedmiot informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa czy też nie.

- Dostrzeżenia wymaga, że inni wykonawcy informacji dotyczących osób wskazywanych jako eksperci, nie zastrzegali. Jeśli więc miałyby być tak, jak argumentował na rozprawie Przystępujący, że wartość gospodarcza informacji wyraża się wiedzą o unikalnym walorach osób, w tym posiadaniu przez wskazane osoby szczególnego doświadczenia, to jest w kontroli środków unijnych z POKL, to ta wartość miałyby wymiar uniwersalny, dotyczący całej klasy osób posiadających tak określone, unikalne doświadczenie. Tymczasem inni wykonawcy, pozyskawszy osoby o analogicznym doświadczeniu, nie chronią tego rodzaju informacji. Powyższe przeczy, by informacja o posiadaniu określonego doświadczenia przez

wskazane osoby, była wyznacznikiem wartości gospodarczej, podlegającej ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

- Na uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający wzywając do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia (pismo z 19 lipca 2013 r.), zasygnalizował, że podjął – możliwie w jego warunkach starania w celu zweryfikowania, czy aby na pewno informacje dotyczące wskazanych w wykazie osób nie są przez wykonawcę podawane publicznie i samodzielnie zdołał ustalić, że przynajmniej niektóre osoby są wskazane na stronie jednego z członków konsorcjum jako zatrudnieni przez niego eksperci. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca, będąc już w ten sposób zmuszonym niejako do uznania, że nie sposób traktować informacji dotyczących wskazanych przez niego osób jako nieujawnianych, oświadczył, że „*wycofuje z zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa następujące nazwiska ekspertów wskazanych w ofercie (...)*” i podał dane osobowe trzech spośród trzydziestu dziewięciu ekspertów, o których to trzech osobach zamieszczone były na stronie internetowej [www.gumulka.pl](http://www.gumulka.pl) informacje w zakładce „eksperci”. Dostrzeżenia jednak wymaga, że na wskazanej stronie internetowej, w innych zakładkach, zamieszczone są informacje, z których wynika, że także inni eksperci podani w wykazie osób są w sposób otwarty podawani jako eksperci tego podmiotu. Mowa tu o zakładkach „Aktualności”, „Media o nas”, „My w mediach”. Mowa to, przykładowo o ekspercie wskazanym w poz. 19 – analiza podanej strony internetowej jednego z członków konsorcjum wskazuje, że ekspert pojawia się na niej przynajmniej dwukrotnie: (<http://www.gumulka.pl/cnt.spx?content=580>; <http://www.gumulka.pl/cnt.spx?content=574>), a także ekspercie podanym w poz. 20 (<http://www.gumulka.pl/cnt.spx?content=492>).

Powyższe oznacza tyle, że Przystępujący zdaje się upatrywać podstaw do objęcia ochroną informacji, nie z uwagi na ich szczególne wartości (a zatem – nie z powodów obiektywnych), ale stosownie do tego, w jakim zakresie inni zdołają poznać te informacje.

Trafnie także wykazał Odwołujący, że część podanych ekspertów w sposób nieskrępowany była podawana przez Przystępującego w innych postępowaniach, prowadzonych niedawno (czy wręcz równolegle z tym, które jest przedmiotem analizy). Oznacza to tyle, że Przystępujący zdaje się nie kryć – poza przedmiotowym postępowaniem – faktu współpracy ze swoimi ekspertami. Wbrew stanowisku Przystępującego, nie jest okolicznością przemawiającą za uznaniem, że w tym postępowaniu mamy do czynienia z inną sytuacją, uzasadniającą objęcie informacji dotychczas ujawnianych zastrzeżeniem, a to z tego powodu, że w tym wypadku Zamawiający wymagał „unikatowego” doświadczenia w kontroli środków z POKL. To, jakie określone osoby fizyczne posiadają doświadczenie, jakiego rodzaju zadania zdarzyło się im wykonywać jest ich własną sprawą, podlegającą ich



wyłącznej dyspozycji, pozostającą poza wykonawcą. Dysponentem tej informacji jest zatem posiadacz tego doświadczenia, przy czym sam fakt jego posiadania nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości innych osób, skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać, a ewentualne, umowne ograniczenia informowania o tego rodzaju kwestiach mogłyby dotyczyć co najwyżej zakazu powoływania się na współpracę z konkretnym podmiotem, nie zaś samego faktu uczestniczenia w pewnego rodzaju przedsięwzięciach, bez wskazywania projektów, których one dotyczyły, czy ich odbiorcy.

- Następnie nie sposób pomijać, że upatrywanie wartości gospodarczej, wyrażającej się tajemnicą przedsiębiorstwa, skutkującą uznaniem informacji za poufne nie może dotyczyć osób, które zajmują stanowiska ujawniane na zewnątrz, w postaci zawartości Krajowego Rejestru Sądowego, jako osoby reprezentujące wykonawcę. Nie tylko nie sposób tu mówić o podjęciu starań, celem pozostawienia niejawnymi dla ogółu samego faktu, że dana osoba pozostaje w relacji z podmiotem, jeśli wchodzi ona jednocześnie w skład jej organów zarządzających, ale również trudno dopatrzeć się w takim wypadku zmaterializowania szkody, poprzez sygnalizowaną w piśmie wykonawcy możliwość zwrócenia się przez konkurencyjne firmy o współpracę i ewentualne przejście takiego eksperta. Dotyczy to ekspertów podanych w poz. 1 i poz. 16 wykazu, gdzie podano osoby zajmujące funkcje w ramach podmiotów tworzących konsorcjum.

Stąd zasadnym jawi się wniosek, że posłużenie się uprawnieniem do zastrzeżenia informacji zostało dokonane przez Przystępującego w sposób nieuprawniony. Przystępujący nie wykazał, by spełnione zostały w odniesieniu do tych informacji przesłanki, pozwalające na kwalifikowanie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec powyższego, mając na względzie podstawową zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne, nakazano Zamawiającemu – zgodnie z postawionym w tej mierze żądaniem (wprawdzie szerszym: obejmującym ogólnie ofertę Przystępującego w utajnionym zakresie) - odtajnienie zastrzeżonych informacji, zawartych w wykazie osób wraz z załącznikami do tego wykazu.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, naruszenie przepisów w zakresie zaniechania odtajnienia może mieć wpływ na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Okoliczność, że w ofercie podano 39 ekspertów, a Zamawiający wymagał znacznie mniej osób (8 zespołów po 2 osoby) nie oznacza samo z siebie, że poznanie przez konkurencyjnych wykonawców informacji o osobach, na pewno nie wywoła rezultatu w zakresie zmiany wyniku postępowania. Tego rodzaju wnioskowanie stanowi w istocie odgadywanie okoliczności i przesądzanie wyniku ewentualnej analizy udostępnionych informacji, co do którego brak jest pewności.

Powyższe determinowało uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach którego to badania, Zamawiający obowiązany jest do uznania za niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego InfoAudit spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, stanowiących wykaz osób wraz załącznikami. Dopiero po przeprowadzeniu tej czynności, Zamawiający uprawniony jest do rozstrzygnięcia postępowania, co do którego to rozstrzygnięcia, potencjalnie zainteresowani wykonawcy, działając w warunkach poznania pełnych informacji o podstawach oceny dokonanej przez Zamawiającego złożonych ofert, będą mogli zgłaszać zastrzeżenia. Wspomnienia w tym miejscu wymagają wytyczne stawiane w orzecznictwie - Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie [C-450/06](#) zajmował się problemem informacji poufnych na gruncie poprzedniej dyrektywy 89/665/EEC. ETS stwierdził, że „Zasada ochrony informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu”. Z kolei w sprawie [C-438/04](#) ETS zauważył, że „organ powołany do rozpoznania odwołania od decyzji krajowego organu regulacyjnego zgodnie z art. 4 dyrektywy ramowej powinien dysponować wszelkimi informacjami wymaganymi do tego, by z pełną znajomością rzeczy orzekać w przedmiocie zasadności takiego odwołania, w tym informacjami poufnymi. Niemniej jednak ochrona takich informacji i tajemnic handlowych musi być zagwarantowana i tak dostosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu.” Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dziś TSUE) kładzie zatem akcent na zachowanie równowagi pomiędzy interesem wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji, wyrażającym się w potrzebie ochrony jego wartości gospodarczych, z koniecznością zapewnienia środków ochrony prawnej innym wykonawcom. Powyższe skutkuje, w razie uznania bezpodstawnego zastrzeżenia informacji już po wyborze najkorzystniejszej oferty - celem umożliwienia wykonawcom realizacji prawa do efektywnego skorzystania ze środków ochrony prawnej - nakazaniem unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i ponownego badania i oceny ofert.

Z powyższych względów, mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 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). Uwzględniono uzasadnione koszty Odwołującego, który wygrał postępowanie, uwzględniając poniesione koszty niezbędne dla celowego dochodzenia praw, jak wpis w wysokości 15 000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika, który reprezentował Odwołującego, w wysokości zgodnej z przedłożonym rachunkiem, to jest 3 600 zł (§ 3 pkt 2 ppkt b) rozporządzenia).

**Skład orzekający:**