

**WYROK**  
**z dnia 4 września 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2017 r., w W., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T., ul (...). W., T. G. E. S.**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B., ul. (...), B.**

przy udziale **L. P., ul. (...), P.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności badania i oceny ofert, udostępnienie odwołującemu - wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: T. ,ul. (...) W., T. G. E. S. treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych zamawiającemu pismem z dnia 14 czerwca 2017 roku oraz samą treść wyjaśnień złożonych pismem z dnia 14 czerwca 2017 roku.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B., ul. (...), B. i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T., ul. (...) W., T. G. E. S.,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B., ul. (...), B.** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. sp. z o.o., ul.(...) W., T. G. E. S.** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście 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 (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Obwodnica A. - granica państwa, odcinek: koniec obw. S. z obw. S(1)”*”.

Dnia 8 sierpnia 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 18 sierpnia 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34; 02-285 Warszawa, T. G. E. S. (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. niezgodną z przepisami ustawy Pzp, czynność zamawiającego polegającą na wyborze oferty L. jako oferty najkorzystniejszej,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez L. wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską,
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty L., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca L. nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp,
4. naruszenie art. 8 ust. 1-3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez L. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo iż L. nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia,
5. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy Pzp).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Ponowną ocenę ofert,
4. Odrzucenia oferty L.,
5. Udostępnienie wyjaśnień złożonych przez L. na podstawie art. 90 ustawy Pzp.

### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności zamawiającego wskazanych powyżej odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Ponadto w wyniku w/w naruszeń przepisów ustawy Pzp, może dojść do następczego unieważnienia postępowania, co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody.

Odwołujący wskazał, iż odwołującemu nie udostępniono wyjaśnień złożonych przez L. w trybie art. 90 ustawy Pzp, a jedynie wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie wystosowane przez zamawiającego.

Wobec braku udostępnienia odwołującemu w/w wyjaśnień, odwołujący przyjął, że zostały one potraktowane przez zamawiającego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przy czym nie udostępniono odwołującemu nawet treści ewentualnego zastrzeżenia jawności wraz z uzasadnieniem. Z całą pewnością samo uzasadnienie objęcia jakiegoś pisma tajemnicą przedsiębiorstwa nie może w ogóle zostać przez zamawiającego potraktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż ze swej istoty w takim uzasadnieniu nie znajdują się żadne informacje mogące spełniać trzy ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej, z całą pewnością przedmiotowe wyjaśnienia jako całość nie zawierają uzasadnienia dla objęcia tajemnicą samego uzasadnienia. Zatem zamawiający powinien udostępnić odwołującemu co najmniej uzasadnienie zastrzeżenia pisma jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego zdaniem odwołującego przedmiotowe wyjaśnienia nie zawierają uzasadnienia, które wykazuje ziszczenia się wszystkich 3 przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący uważa, że L. w ogóle nie odniosło się do w treści wyjaśnień do przesłanki podjęcia działań niezbędnych w celu zachowania poufności informacji oraz nie wykazało, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie były uprzednio ujawnione do wiadomości publicznej. Już ten brak uzasadnienia wykazuje, że nie doszło do skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach. A zatem zamawiający, dokonując oceny zasadności zastrzeżenia złożonych wyjaśnień, powinien zauważyć w/w braki, co z kolei powinno skutkować udostępnieniem obu złożonych dokumentów wyjaśnień odwołującemu.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. A zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości

dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Wskazać tutaj należy na cytowanie poglądów orzecznictwa czy doktryny, ogólne informacje o danym wykonawcy czy też ogólne informacje o rynku usług nadzoru i inne podobne. Takie części pism zawsze powinny być udostępnione.

Odwołujący wskazuje też, że według niego L. nie wykazał też, że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą czy też, że są informacjami organizacyjnymi jego przedsiębiorstwa. Opierając się na doświadczeniu wynikającym z dotychczas składanych wyjaśnień i uzasadnień można stwierdzić, że przedmiotowe uzasadnienia są ogólnikowe i w ogóle nie odnoszą się do treści konkretnej oferty złożonej w tym postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, wykonawca L. nie spełnił wymagań skutecznego zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś zamawiający bezkrytycznie uznał samą czynność zastrzeżenia za skuteczną, nie badając w ogóle, czy zostały spełnione wymagania ustawowe.

Nadto odwołujący wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty L., może zostać oceniony dopiero po uzyskaniu przez odwołującego dostępu do wyjaśnień. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, powinien brać swój początek w wyjaśnieniach (w treści wyjaśnień).

Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu (jako przedwczesnego) w przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt 1 uzasadnienia powyżej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty dotyczące naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, są zasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła albowiem, iż przystępujący w części pisma stanowiącej uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa (TP) powołał się jedynie na bliżej nieokreślone dane, w których wskazał, że tylko kilka osób ma dostęp do informacji przedstawionych w wyjaśnieniach. Przystępujący nie podał jakie to niezbędne kroki podjął w celu zachowania TP, w szczególności nie przedstawił żadnego dowodu, na okoliczności podnoszone w tej części pisma, powołując się jedynie na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym uznać należało, że okoliczności dotyczące możliwości zastrzeżenia wyjaśnień TP nie zostały przez przystępującego udowodnione, co z kolei oznacza, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego nie posiadają waloru TP.

Odnosząc się zaś to treści wyjaśnień, mającymi stanowić odpowiedź na wezwanie zamawiającego dotyczących elementów cenotwórczych, w zakresie stwierdzenia czy cena przystępującego nosi znamiona ceny rażąco niskiej, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia te sporządzone zostały w dużym stopniu ogólności i nie odnoszą się szczegółowo do wątpliwości zamawiającego wskazanych w piśmie z dnia 31 maja 2017 roku. Wyjaśnienia zawierają bowiem nieskonkretyzowane informacje, które miały zostać poparte zanonimizowanymi dokumentami. Wyjaśnienia wraz z załączonymi dokumentami, również tymi dotyczącymi rozbicia ceny ryczałtowej w podziale na miesiące realizacji usługi, nie identyfikują wprost zarówno danych dotyczących kadry, jak i tych dotyczących firm, z którymi współpracuje lub zamierza współpracować przystępujący. Skoro zatem dane te zostały w taki sposób zabezpieczone, to brak jest możliwości ustalenia, przez innych wykonawców, w szczególności przez odwołującego, z kim przystępujący współpracuje, tym samym nawet poznanie stawek, jakie obowiązują w rozliczeniu kontraktowym przystępującego z innymi wykonawcami nie może powodować uznania, że interes handlowy tego wykonawcy może być naruszony. Istotne jest bowiem ustalenie realności cen oferowanych przez tego wykonawcę w tym postępowaniu.

Dlatego też Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego nie zawierają prawnie chronionej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z uwagi na stanowisko odwołującego, który oświadczył, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez L. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, niezasadne, gdyż jako przedwczesne, byłoby rozpoznawanie zarzutów odwołania dotyczących naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Izba zarzuty te pozostawiła bez rozpoznania stwierdzając, iż odwołujący dopiero po udostępnieniu mu żądanych dokumentów, będzie miał możliwość do konstruowania zarzutów względem zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....