

Sygn. akt: KIO 715/21

**WYROK**  
**z dnia 22 kwietnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Aleksandra Patyk  
**Członkowie:** Anna Packo  
Beata Pakulska - Banach  
**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie, Oddział w Warszawie** oraz **Traffic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Markach** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **PODKOWA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 715/21 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych przez Odwołującego, tj. zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania oraz zarzutu ewentualnego.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie złożonych przez wykonawcę PODKOWA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wyjaśnień ceny oferty zawartych w piśmie z 21 stycznia 2021 r. wraz z załącznikami.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 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. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *bieżące kompleksowe utrzymanie i monitoring stanu pracy sygnalizacji świetlnej wraz z użytkowanymi systemami sterowania ruchem na drogach krajowych zarządzanych przez GDDKiA, Oddział w Warszawie* (znak postępowania: GDDKiA.O.WA.D-3.2413.65.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 219-538042.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”].

W dniu 8 marca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie, Oddział w Warszawie oraz Traffic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Markach [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Podkowa Sp. z o.o. [dalej „Podkowa”] pomimo, że nie posiada on wymaganych zdolności technicznych w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego, gdyż podmiot, na którego zasoby powołał się wykonawca nie wykona usług, do których zdolności te są wymagane, jak również nieskutecznie udostępnił on wykonawcy swój potencjał kadrowy

ewentualnie Odwołujący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w inny sposób, o ile Izba stwierdzi, że ww. zarzut jest na tym etapie postępowania zbyt daleko idący;

2. art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Podkova w zakresie rażąco niskiej ceny i załączników do nich pomimo że zastrzeżenie było bezpodstawne a wykonawca nie powołał jakichkolwiek podstaw zachowania ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa tj. nie wykazał, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą oraz nie wskazał jakichkolwiek porozumień o poufności między tymi podwykonawcami czy innych dokumentów.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie dokonania ponownej oceny i badania ofert, w tym:
  - a) wykluczenia wykonawcy Podkova z uwagi na niespełnianie warunku zdolności technicznej i zawodowej, ewentualnie nakazanie wezwania do uzupełnienia wykazu usług w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp gdyby Izba nie uznała zarzutów dalej idących,
  - b) ujawnienia informacji przekazanych przez wykonawcę Podkova przy pismach z dnia 21.01.2021 r. wraz z załącznikami w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania oraz wykazów usług wraz z dowodami i wykazu osób odtajnionych wprawdzie pismem z dnia 22.02. 2021 r. jednak nie przekazanych dotychczas Odwołującemu,
  - c) dokonanie kwalifikacji podmiotowej Odwołującego.
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego proporcjonalnie do podniesionych 2 zarzutów i idących za nimi żądań.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie prawne i faktyczne zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania, który to zarzut, w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, został cofnięty.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 2. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający niezasadnie zastrzegł część informacji powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Podkova. Odwołujący wnosil o odtajnienie pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 21.01.2021 r. wraz z załącznikami oraz wykazów usług z dowodami i wykazu osób.

Uzasadniał, że złożone wraz z wyjaśnieniami uzasadnienie, poza lakonicznym stwierdzeniem, że informacje mają charakter gospodarczy i nie zostały wcześniej ujawnione, nie stanowi wykazania, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą oraz nie wskazuje jaką szkodę mógłby ponieść wykonawca w przypadku ich ujawnienia.

Uzasadnienie nie powołuje się ponadto na jakiegokolwiek procedury czy umowy np. typu NDA czy umowy z pracownikami, które regulowałyby zachowanie poufności tych danych. Wykonawca jedynie ogólnie stwierdził, że stosuje zabezpieczenia plików.

Odwołujący wskazał, że aby dokonane zastrzeżenie było skuteczne musi ono w momencie składania informacji zawierać pełną i zupełną argumentację wskazującą, że przedstawione Zamawiającemu informacje spełniają przesłanki ustawowe. W ocenie Odwołującego wykonawca Podkowa nie podołał tym wymaganiom. W treści pisma z uzasadnieniem zastrzeżenia wskazał głównie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, na okoliczność, że możliwe jest zastrzeżenie informacji składanych w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Nie powołał w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy jakichkolwiek umów czy porozumień o poufności zawartych z pracownikami, podwykonawcami, czy kontrahentami, które uzasadniałyby zachowanie tych informacji w poufności a więc na moment złożenia tych informacji nie były one skutecznie zastrzeżone.

Podniósł, że wielokrotnie zwraca się w orzecznictwie uwagę, że moment skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma o tyle istotne znaczenie, że nie jest dopuszczalne wyjaśnianie, czy też uzupełnianie wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w przypadku gdy wykonawca poprzestanie jedynie na wskazaniu, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też w przypadku gdy wykonawca nie wykaże zasadności takiego zastrzeżenia, bądź też gdy takie wykazanie będzie lakoniczne czy też niepełne. Na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r. sygn. KIO 1809/15 oraz wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2017 r. sygn. akt: KIO 687/17. Tym samym wykonawca Podkowa utracił możliwość ochrony tych informacji, gdyż nie dokonał ich skutecznego zastrzeżenia w odpowiednim momencie procedury ubiegania się o zamówienie. Biorąc pod uwagę powyższe informacje te powinny, zgodnie z zasadą jawności postępowania, zostać udostępnione pozostałym wykonawcom, w tym Odwołującemu. Wykonawca nie wykazał, aby zastrzeżone informacje posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą. W swoim uzasadnieniu w odniesieniu do tej przesłanki „utajnienia” informacji, Wykonawca ograniczył się do lakonicznych stwierdzeń takich jak:

- „załączniki [.....] zawierają szczegółowe dane i informacje o charakterze handlowym, organizacyjnym, technicznym i technologicznym, stanowiące esencję tzw. Know-how (tajemnica przedsiębiorstwa) działalności przedsiębiorstwa naszej Spółki. Informacje te stanowią niejako podsumowanie zgromadzonej przez ponad 28 lat działalności naszej Spółki wiedzy i doświadczenia, które pozwoliły nam na zbudowanie pozycji rynkowej i wiarygodnej marki „Podkowa”.
- „Stąd informacje i dane zawarte w załącznikach do niniejszego pisma zawierają istotne dane, mające kluczowe znaczenie dla zbudowania przewagi konkurencyjnej Spółki nad

innymi podmiotami z branży, a zatem podlegają ochronie i nie mogą być udostępnione do wiadomości publicznej [...]”.

Odwołujący powołując się wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2021 r. sygn. akt: KIO 3483/20, gdzie – jak twierdził – uzasadnienie „utajnienia” wyjaśnień rażąco niskiej ceny było w zasadzie tożsame, wskazał, że z tego rodzaju argumentacji w żaden sposób nie wynika, aby zastrzeżone informacje posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą, jaka jest ta wartość, z czego ona wynika i jak przekłada się ona na funkcjonowanie Wykonawcy na rynku.

Odwołujący podkreślał, że zaniechanie udostępnienia do wglądu dokumentów złożonych przez wykonawcę Podkowa, w szczególności wyjaśnień rażąco niskiej ceny, uniemożliwia Odwołującemu skorzystania z jego podstawowego prawa, tj. dokonania weryfikacji prawidłowości decyzji Zamawiającego w zakresie oceny tej oferty. Dokonanie tej weryfikacji jest tym bardziej istotne, że występująca, znacząca dysproporcja pomiędzy wyceną Zamawiającego, a wyceną wykonawcy Podkowa, rodzi poważne podejrzenia, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 kwietnia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że nie naruszył żadnego z ww. przepisów ustawy Pzp. Wykonawca Podkowa zastrzegł informacje, o których mowa w odwołaniu wskazując zarówno podstawy faktyczne jak i prawne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca wykazał wskazane w art. 11 ust. 2 uznk przesłanki zastrzeżenia przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podniósł, że Zamawiający za każdym razem bada zasadność zastrzeżenia przez wykonawców określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Skutkiem tych badań było m.in. odtajnienie pisma przewodniego wykonawcy Podkowa, czy też wykazu osób i usług, które mimo stosownego zastrzeżenia, w ocenie Zamawiającego, nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co więcej, wykonawca wprost w treści wyjaśnień z dnia 21.01.2021 r. zastrzegł, że wymienione tam informacje nie mogą być udostępnione, czym niewątpliwie wypełnił pierwszą z przesłanek, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Nie ulega bowiem wątpliwości, że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie wymaga od wykonawcy udowodnienia, że zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie wykazanie tego.

Zamawiający wskazał, że istotne jest przy tym, że w orzecznictwie KIO ugruntowany został już pogląd, że za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce

o konkurencyjności firmy na danym rynku (por. wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2018 r. sygn. akt: KIO 1618/18).

Dalej Zamawiający wskazał, że w podobny sposób odnieść się należy do załączonych do wyjaśnień wykonawcy ofert podwykonawców. Stanowią one informacje posiadające wartość gospodarczą, bowiem określają rynki zaopatrzenia wykonawcy, warunki na jakich pozyskuje zamawiane usługi czy roboty, oraz wartość tych świadczeń, ma to przełożenie na wartość gospodarczą, gdyż stanowi informacje o stosowanych upustach, rabatach, promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych przez podwykonawców swojemu kontrahentowi (por. wyrok KIO z dnia 1 września 2011 r. sygn. akt: KIO 1773/11).

Jeżeli zatem w rzeczonym piśmie wykonawca Podkowa wykazał, że informacje te mają wartość gospodarczą podkreślając, że są to dane mające kluczowe znaczenie dla zbudowania przewagi konkurencyjnej Spółki nad innymi podmiotami z branży, a zatem podlegające ochronie i nie mogą być udostępniane do wiadomości publicznej, osób trzecich, jak również uczestników niniejszego postępowania, to nie sposób czynić Zamawiającemu zarzutu zaniechania ujawnienia tych dokumentów.

Na marginesie Zamawiający zwrócił uwagę na brzmienie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp (odpowiednio art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Wskazał, że w orzecznictwie Izby przyjmuje się, iż w przypadku potwierdzenia się wyłącznie zarzutu zaniechania „odtajnienia” wyjaśnień ceny oferty, a uznania za niezasadny zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, Izba orzeka o oddaleniu odwołania (por. wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2016 r. sygn. akt: KIO 1370/16).

O ile zatem u podstaw zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa leżała potrzeba Odwołującego zweryfikowania ceny oferty wykonawcy Podkowa, o tyle w odwołaniu Odwołujący nie wywodzi zarzutu rażąco niskiej ceny. Jeżeli zatem Izba nie może rozstrzygać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, a kwestia rażąco niskiej ceny nie była jego przedmiotem, to uprawnionym jest stwierdzenie, że kwestia odtajnienia wyjaśnień wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, co uniemożliwia uwzględnienie odwołania w tym względzie.

Reasumując Zamawiający wskazał, że skoro przedmiotem odwołania może być niezgodna z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjęta w toku postępowania o udzielenie zamówienia lub zaniechanie takiej czynności, to w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest podstaw do uwzględnienia tak wywiedzionego środka ochrony prawnej. Szczególnie, że wskazane w odwołaniu zarzuty nie miały i nie mogły mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Z tego względu, w ocenie Zamawiającego, odwołanie zostało wywiedzione wyłącznie dla zwłoki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Zamawiający w dniu 8 marca 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Podkowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 10 marca 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Izba, na posiedzeniu niejawnym po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępujących, uwzględniła opozycję Odwołującego oraz wnioski o uznanie za bezskuteczne zgłoszenie przystąpienia spółki Dynniq Poland Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. podmiotu.

Odwołujący ww. wnioski uzasadniał w szczególności tym, że podmiot Dynniq Poland Sp. z o.o. nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest to podmiot trzeci wykonawcy Podkowa, przez co nie ma statusu wykonawcy w świetle definicji legalnej. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że w świetle art. 505 ustawy nPzp oraz celu i konstrukcji przepisów ustawy Pzp, na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po wyborze oferty) podmiot Dynniq Poland Sp. z o.o. nie ma interesu w zgłoszeniu przystąpienia. Odwołujący wskazywał również, że podmiotem, który ewentualnie uzyska zamówienie publiczne jest wykonawca Podkowa, a nie jego podmiot trzeci, tj. Dynniq Poland Sp. z o.o.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z kolei stosownie do treści art. 7 pkt 30 ustawy nPzp, pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie



zamówienia publicznego. W tym miejscu podkreślić należy, iż powyższa definicja legalna wykonawcy, mimo że uległa zmianie względem poprzednio obowiązujących przepisów ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r., to jednak zdaniem składu orzekającego, pojęcie wykonawcy i jego status nadal pozostają silnie skorelowane z kolejnymi etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym jakkolwiek na początkowym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego krąg podmiotów, którym można przypisać status wykonawcy jest szeroki, to po upływie terminu składania ofert, za wykonawcę można uznać podmiot, który ofertę złożył.

Mając na względzie powyższe Izba w całości podzieliła argumentację Odwołującego zaprezentowaną na poparcie ww. wniosków uznając w szczególności, że podmiot Dynniq Poland Sp. z o.o. nie ma interesu w zgłoszeniu przystąpienia, ponieważ nie ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, nie złożył oferty w postępowaniu, przez co z powyższych względów nie jest wykonawcą na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę wykonawcy Podkowa wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 lutego 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 20 kwietnia 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 15 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Podkowa do udzielenia wyjaśnień w zakresie poziomu ceny.

Pismem z dnia 21 stycznia 2021 r. (pismo przewodnie) wykonawca Podkowa złożył wyjaśnienia w zakresie ceny oferty wraz z załącznikami. Wykonawca Podkowa objął tajemnicą przedsiębiorstwa ww. pismo przewodnie wraz z załącznikami, z wyjątkiem załącznika nr 3.

Pismem z dnia 4 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę Podkowa, iż postanawia odtajnić informacje zawarte w pliku „pismo przewodnie” w zakresie uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień, tj. od strony 1 pisma do strony 2 do słów „(...) stanowią istotną tajemnicę przedsiębiorstwa naszej Spółki”. Fragmenty, których zasadności objęcia tajemnicą

przedsiębiorstwa Zamawiający nie uznał za zasadne zostały przedstawione w załączniku do pisma z 4 lutego 2021 r.

W piśmie przewodnim z dnia 21 stycznia 2021 r. wykonawca Podkowa podał następujące uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami (z wyjątkiem załącznika nr 3). „Informujemy, że zastrzegamy jako tajemnicę przedsiębiorstwa Podkowa sp. z o. o. w stosunku do wszystkich załączników oraz do niniejszego pisma, z wyjątkiem załącznika nr 3- referencji. Załączniki 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 i 18 zawierających szczegółowe dane i informacje o charakterze handlowym, organizacyjnym, technicznym i technologicznym, stanowiące esencję tzw. Know-how (tajemnica przedsiębiorstwa) działalności przedsiębiorstwa naszej Spółki. Informacje te stanowią niejako podsumowanie zgromadzonej przez ponad 28 lat działalności naszej Spółki wiedzy i doświadczenia, które pozwoliły nam na zbudowanie pozycji rynkowej i wiarygodnej marki „Podkowa”. Wskazujemy, że przedstawione Zamawiającemu w załącznikach do niniejszego pisma informacje (z wyłączeniem referencji, stanowiących załącznik nr 3) i dane nie są powszechnie znane osobom trzecim, zarówno zajmującym się działalnością konkurencyjną, jak i dziedzinami pokrewnymi, jak również Klientom naszej Spółki, a także nie są dostępne dla takich osób. Oświadczamy również, że spółka Podkowa sp. z o.o. podjęła, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, tj. nie udostępnia tych informacji nawet w szerszym, poza Zarządem Spółki oraz zobligowanym do zachowania tajemnicy pracownikom oddelegowanym do przygotowywania oferty w niniejszym postępowaniu, gronie pracowników Spółki, do utrzymywania ich w tajemnicy wyznaczyła i zobligowała oddelegowanego członka Zarządu, jak również podjęła szereg czynności technicznych, zabezpieczających pliki, zawierające dane liczbowe, cenowe i analityczne, zawarte w załącznikach przed dostępem dla osób trzecich. Stąd informacje i dane zawarte w załącznikach do niniejszego pisma zawierają istotne dane, mające kluczowe znaczenie dla zbudowania przewagi konkurencyjnej Spółki nad innymi podmiotami z branży, a zatem podlegające ochronie i nie mogą być udostępniane do wiadomości publicznej, osób trzecich, jak również uczestników niniejszego postępowania, jako informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 24 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Należy podkreślić, że stanowisko powyższe zgodne jest z jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO z 17.10.2008 r., KIO/UZP 1068/08), zgodnie z którą wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, mogących wiązać się z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, może skutecznie zastrzec ich poufność w momencie ich składania. Oczywistym jest również brak możliwości dokonania stosownego zastrzeżenia

tych informacji w momencie składania oferty, gdyż nie były to dane żądane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Informacje przekazywane w załącznikach do niniejszego pisma nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej i są znane, w niezbędnym zakresie jedynie wąskiemu gronu pracowników Podkowa sp. z o. o., którzy brali bezpośredni udział w przygotowaniu oferty. Ponadto wskazujemy, że zgodnie z przepisem art. 2 pkt 1 lit. b Dyrektywy Parlamentu i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz.U. UE. Dz.U. L 157/1 z 15.6.2016), „sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą”. Jak wynika z powyższego, w połączeniu z motywem 14 preambuły tej dyrektywy, tajemnica handlowa obejmuje istotne informacje, mające wartość gospodarczą dla danego przedsiębiorcy. Stąd, raz jeszcze zastrzegamy, że wszystkie dokumenty i informacje, przekazywane Zamawiającemu wraz z niniejszym pismem, a mające istotną wartość gospodarczą, organizacyjną, techniczną i handlową (zał. 1), prawną i handlową (załączniki 2, 5-7 oraz 10-18) oraz księgową i rachunkową (zał. 4, 8 i 9) stanowią istotną tajemnicę przedsiębiorstwa naszej Spółki.”

W dniu 26 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Podkowa. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego.

#### Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, Odwołujący oświadczył, iż cofa zarzut zawarty w punkcie 1. *petitum* odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp oraz zarzut ewentualny. Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutów podlega umorzeniu. Ww. zarzuty nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Podkowa w zakresie rażąco niskiej ceny i załączników do nich, pomimo że zastrzeżenie było bezpodstawne, a wykonawca nie powołał jakichkolwiek podstaw zachowania ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. nie wykazał, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą oraz nie wskazał jakichkolwiek porozumień o poufności między tymi podwykonawcami czy innych dokumentów.

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić należy, iż *ratio legis* ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, z drugiej zaś nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z przywołanego przepisu, to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uzk. I tak zgodnie z ww. przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż wykonawca Podkowa, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uzk.

Podkreślić należy, iż nieuzasadnione i sprzeczne z prawem jest akceptowanie działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które w sposób oczywisty nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Innymi słowy, ochroną poufności co do zasady powinny być objęte poszczególne informacje czy też dane, co do których wykonawca winien następnie wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w świetle przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uzk. Wskazać należy, iż wykonawca zastrzegający całościowo wyjaśnienia ceny musi liczyć się z tym, że w przypadku uznania bezzasadności takiego działania odtajnieniu będą podlegały wyjaśnienia w szerszym zakresie niż gdyby wykonawca działał z należyłą starannością. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji jej prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ocenie zasadności zastrzeżenia tych informacji, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W rozpoznawanej przez Izbę sprawie wykonawca Podkowa objął tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnienia ceny oferty zawarte w piśmie z dnia 21 stycznia 2021 r. wraz z załącznikami (z wyjątkiem załącznika nr 3). Izba przy orzekaniu wzięła pod uwagę wnioski Odwołującego złożony w toku rozprawy dotyczący ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny

zawartych w piśmie z dnia 21 stycznia 2021 r. wraz z załącznikami (a nie jak omyłkowo wskazano w odwołaniu wykazu osób oraz wykazu usług wraz z referencjami).

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, że wykonawca Podkowa nie odniósł się w sposób zindywidualizowany do zastrzeżonych wyjaśnień ceny oferty oraz dowodów. Wykonawca poprzestał na ogólnym i zbiorczym stwierdzeniu, iż całość utajnionych dokumentów (z wyłączeniem załącznika nr 3) zawiera szczegółowe dane i informacje o charakterze handlowym, organizacyjnym, technicznym i technologicznym, stanowiąc esencję tzw. know – how działalności spółki oraz że informacje te stanowią niejako podsumowanie zgromadzonej przez ponad 28 lat działalności spółki wiedzy i doświadczenia, które pozwoliły na zbudowanie pozycji rynkowej i wiarygodnej marki „Podkowa”. Dostrzec należy, iż wykonawca Podkowa nie wskazał, które z objętych poufnością wyjaśnień i dowodów zawierają informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, przerzucając tym samym na Zamawiającego obowiązek „wyszukiwania” poszczególnych informacji/danych w treści złożonych wyjaśnień cenowych oraz dowodów. Inaczej rzecz ujmując, na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez wykonawcę Podkowa nie sposób wywieść, jakie konkretnie rozwiązania techniczno – organizacyjne, czy technologiczne miał na względzie Przystępujący, bowiem wykonawca nie odwołał się do konkretnych treści (informacji/danych) zawartych w złożonych dokumentach, choćby poprzez przywołanie odpowiednich stron, czy punktacji. Nie jest natomiast rolą Zamawiającego ustalanie za wykonawcę, na którym ciąży obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, charakteru utajnionych informacji, a także domniemywanie, że za poufną należy uznać daną a nie inną informację zwłaszcza wówczas, gdy wykonawca zastrzega całość dokumentów. Co szczególnie istotne, z treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika nawet, że poufnością objęto np. dane dotyczące partnerów biznesowych, dostawców wykonawcy Podkowa, wysokości unikalnych rabatów czy też samą metodologię budowy ceny.

Następnie Izba wskazuje, iż rację miał Odwołujący, że wykonawca Podkowa nie wykazał jakie działania zostały podjęte celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z przepisu art. 11 ust. 2 uznk wynika, iż podmiot uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi, przy zachowaniu należytej staranności, ma podjąć działania w celu utrzymania ich w poufności. Z ww. przepisu, jak i z treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika, iż wykonawca obowiązany jest wykazać zamawiającemu wszystkie stosowane środki gwarantujące poufność, ale takie, które stanowią realną gwarancję utrzymania danych informacji w poufności.

Wykonawca Podkowa wykazując ww. przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dotyczącym wyjaśnień poziomu ceny ograniczył się jedynie do oświadczenia, iż „(...) przedstawione Zamawiającemu w załącznikach do niniejszego pisma informacje

(z wyłączeniem referencji, stanowiących załącznik nr 3) i dane nie są powszechnie znane osobom trzecim, zarówno zajmującym się działalnością konkurencyjną, jak i dziedzinami pokrewnymi, jak również Klientom naszej Spółki, a także nie są dostępne dla takich osób. Oświadczamy również, że spółka Podkowa sp. z o.o. podjęła, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, tj. nie udostępnia tych informacji nawet w szerszym, poza Zarządem Spółki oraz zobligowanym do zachowania tajemnicy pracownikom oddelegowanym do przygotowywania oferty w niniejszym postępowaniu, gronie pracowników Spółki, do utrzymywania ich w tajemnicy wyznaczyła i zobligowała oddelegowanego członka Zarządu, jak również podjęła szereg czynności technicznych, zabezpieczających pliki, zawierające dane liczbowe, cenowe i analityczne, zawarte w załącznikach przed dostępem dla osób trzecich.”

Odnosząc się do podjętych przez wykonawcę Podkowa działań mających na celu zachowanie w poufności ww. informacji Izba wskazuje, że wykonawca Podkowa w zakresie omawianej przesłanki w ogóle nie wyjaśnił, czy w jego przedsiębiorstwie obowiązują jakiegokolwiek regulacje mające na celu ochronę informacji wymagających zachowania poufności, ani nie złożył żadnych dowodów potwierdzających powyższe. Z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika, czy i jakie wykonawca Podkowa stosuje klauzule umowne, w tym w umowach z partnerami biznesowymi, czy też pracownikami i współpracownikami, mającymi gwarantować poufność informacji. Na tej podstawie nie sposób stwierdzić, czy zostały one przewidziane, a jeśli tak to jaka była ich treść oraz jakie były sankcje za naruszenie powyższego zakazu przez pracownika, czy partnera biznesowego wykonawcy.

Dalej wskazać należy, iż wykonawca Podkowa w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczył się do ogólnego wskazania, że podjął szereg czynności technicznych, zabezpieczających pliki, zawierające dane liczbowe, cenowe i analityczne, zawarte w załącznikach przed dostępem dla osób trzecich. Dostrzec należy, iż ww. wykonawca nie wskazał jakie konkretnie czynności techniczne zostały podjęte celem ochrony informacji.

Mając na względzie powyższe okoliczności nie sposób uznać, że Przystępujący opisał i wykazał metody oraz podejmowane przez niego środki w celu zachowania określonych informacji jako poufnych. Powyższe zaniechania wykonawcy Podkowa uniemożliwiły ustalenie, czy środki stosowane przez Przystępującego są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Kolejno Izba stwierdza, że wykonawca Podkowa nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje mają wartość gospodarczą. Wskazać należy, iż wartość gospodarcza 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 uchwytty 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. 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 (tak KIO w wyroku z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 851/16).

Izba wskazuje, iż co do zasady podziela stanowisko Zamawiającego, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku, z tym jednak zastrzeżeniem, iż po stronie wykonawcy zastrzegającego poszczególne informacje (a nie całe dokumenty) leży obowiązek łącznego wykazania przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

W rozpatrywanej sprawie wykonawca Podkowa odnośnie wartości gospodarczej zastrzeżonych danych w ostatnim zdaniu uzasadnienia wskazał jedynie, iż „wszystkie dokumenty i informacje, przekazywane Zamawiającemu wraz z niniejszym pismem, a mające istotną wartość gospodarczą, organizacyjną, techniczną i handlową (zał. 1), prawną i handlową (załączniki 2, 5-7 oraz 10 – 18) oraz księgową i rachunkową (zał. 4, 8 i 9) stanowią istotną tajemnicę przedsiębiorstwa”. Jednocześnie wykonawca Podkowa wskazał, iż „informacje i dane zawarte w załącznikach do niniejszego pisma zawierają istotne dane, mające kluczowe znaczenie dla zbudowania przewagi konkurencyjnej spółki nad innymi podmiotami z branży, a zatem podlegające ochronie (...)”.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że wykonawca Podkowa nie odniósł się w sposób zindywidualizowany do wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów i informacji w nich zawartych, na co wskazywano już powyżej. W ocenie Izby wykonawca Podkowa nie wyjaśnił, w jaki sposób zostanie zaburzona konkurencja na rynku, w przypadku ujawnienia zastrzeżonych w tym postępowaniu konkretnych informacji oraz danych, skoro inne podmioty zamawiające stawiają właściwe dla ich potrzeb wymogi zamówienia. Samo stwierdzenie, że ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz ze złożonymi dowodami może w przyszłości niekorzystnie wpłynąć na działalność gospodarczą wykonawcy, nie jest w ocenie Izby wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej. Stwierdzić



należy, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające.

Kolejno Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Zamawiającego jakoby odwołanie zasługiwało na oddalenie z tego względu, że Odwołujący nie podniósł zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Podkowa. Wobec powyższego – jak twierdził Zamawiający - kwestia odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Podkowa w zakresie rażąco niskiej ceny pozostawała bez wpływu na wynik postępowania, co uniemożliwia uwzględnienie odwołania w tym względzie.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż stosownie do treści art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący jest dysponentem odwołania i do niego należy decyzja, co do stawianych zarzutów. W przedmiotowej sprawie Odwołujący podniósł jedynie zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Podkowa, co należy uznać za uzasadnione i logiczne, gdyż brak znajomości dokumentów złożonych przez wykonawcę Podkowa w ramach procedury badania poziomu ceny, uniemożliwił wykonawcy sformułowanie zarzutów wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego, opartych na faktycznych podstawach. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż dopiero w przypadku, gdy Zamawiający udostępni odwołującemu się Wykonawcy żądane dokumenty, możliwe będzie skonstruowanie zarzutów względem Zamawiającego w ramach środków ochrony prawnej. Tym samym zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Podkowa mogło mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, przez co odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Podkowa miało ogólny charakter i nie pozwalało na stwierdzenie, iż ww. wykonawca wykazał łącznie spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Za bez znaczenia w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Izba uznała argumentację Zamawiającego i Przystępującego, którzy akcentowali, że również Odwołujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa własne wyjaśnienia ceny oferty, podnosząc jednocześnie brak zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień konkurentów. Wskazać należy, iż okoliczność, że konkurujący ze

sobą wykonawcy podejmują próby zastrzeżenia określonych dokumentów w poufności, *a priori* nie przesądza o tym, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, jak wskazuje doświadczenie życiowe, niejednokrotnie takie działania zmierzają jedynie do utrudnienia konkurującym wykonawcom możliwości zweryfikowania prawidłowości złożonych oświadczeń i dokumentów i ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego przepisy art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odtajnienia wyjaśnień ceny oferty złożonych przez wykonawcę Podkova zawartych w piśmie z dnia 21 stycznia 2021 r. wraz z załącznikami, co do których nie wykazano, aby stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy. W konsekwencji powyższego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie złożonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zasądając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....