

**WYROK**  
**z dnia 7 grudnia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2020 r. przez odwołującego „ELEKTROMEX” Sp. z o.o. w Kępnie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kępno przy udziale wykonawcy REMOST Sp. z o.o. Sp. k. w Oleśnie przystępującego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - 1.2. dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskutecznie zastrzeżonych jako tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienie odwołującemu następujących dokumentów dotyczących oferty przystępującego: uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Remost Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 22.10.2020 r. wraz z trzema oświadczeniami o zachowaniu poufności z dnia 29.09.2020 r. oraz wzorem umowy o zachowaniu poufności,
  - 1.3. ponowny wybór oferty najkorzystniejszej,
2. w pozostałym zakresie oddać odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Kępno i:
- 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego „ELEKTROMEX” Sp. z o.o. w Kępnie tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Kępno na rzecz odwołującego „ELEKTROMEX” Sp. z o.o. w Kępnie kwotę 13 600,00 zł (trzynaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Kaliszu.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

### **wyroku z dnia 7 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt: 3019/20**

Zamawiający – Gmina Kępno, ul. Ratuszowa 1, 63-600 Kępno, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa ulicy Armii Krajowej w Kępnie”, ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 sierpnia 2020 r. pod numerem 576208-N-2020, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 18 listopada 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca „ELEKTROMEX” Sp. z o.o., ul. Broniewskiego 16, 63-600 Kępno (dalej zwany jako „odwołujący”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna): art. 7, art. 8 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 3-4, art. 90 ust. 3, art. 91 p.z.p., względem czynności zamawiającego nakazanych przepisami ustawy.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: powtórzenia badania ofert, w następstwie którego nastąpi odrzucenie oferty wykonawcy REMOST Sp. z o.o. Sp. k. w Oleśnie (zwanego także „wykonawcą Remost”), powtórzenia oceny ofert (punktacji ofert), tj. przeprowadzenie tej czynności bez uwzględnienia oferty wykonawcy Remost, wskazania ponownego wyniku postępowania, równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne, w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji, a także okazania odwołującemu dokumentów postępowania wymaganych w piśmie z dnia 13 listopada 2020 r.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W dniu 13 listopada 2020 r. odwołujący pozyskał od zamawiającego informację, że w czynnościach badania i oceny ofert jednostka zamawiająca zaniechała odrzucenia oferty wykonawcy Remost oraz naruszyła zasadę jawności postępowania. W ocenie odwołującego badanie i ocena ofert zostały dokonane z naruszeniem norm p.z.p.

I. Naruszenie zasady jawności postępowania.

Zaraz po ogłoszonym wyniku postępowania, w dniu 13 listopada 2020 r., odwołujący wystąpił do zamawiającego o skany dokumentów postępowania dotyczące oferty najkorzystniejszej – dowód pismo w załączeniu. Zamawiający do dnia dzisiejszego, przedostatniego dnia składania odwołania, nie udostępnił tych dokumentów. Ponadto, ze względu na COVID -19, zamawiający nie dopuszcza do wglądu do dokumentów

postępowania w swojej siedzibie. Tym samym, zdaniem odwołującego, zamawiający ograniczył odwołującemu fundamentalne prawo rozszerzenia zakresu zarzutów środka ochrony prawnej, dlatego też odwołujący zastrzega sobie prawo do rozszerzenia zarzutów odwołania po uzyskaniu wglądu do dokumentacji postępowania.

II. Przyjęcie, że oferta wykonawcy Remost nie podlega odrzuceniu ze względu na rażąco niską cenę.

W opinii odwołującego oferta Remost zawiera rażąco niską cenę w stosunku do środków zamawiającego (kwoty 4 492 203,45 zł), ponieważ została skalkulowana na poziomie 48,3 % tych środków i jest rażąco niska w stosunku do średniej cen ze złożonych ofert, bowiem stanowi 80% tej średniej – dowód informacja z otwarcia ofert w załączeniu.

Zamawiający wezwał wykonawcę Remost do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny. Tym niemniej ograniczono odwołującemu dostęp do tych wyjaśnień, stąd odwołujący podnosi, że wyjaśnienia są bardzo ogólne i lakoniczne oraz znacznie zaniżają ceny elementów realizacji zamówienia. Złożono je także bez przedstawienia stosownych środków dowodowych.

Odwołujący wskazał dalej, że cena materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia to kwota ok. 1 660 000,00 zł. Koszty robocizny wynoszą ok. 700 000,00 zł, koszty pracy sprzętu to kwota ok. 500 000,00 zł, co daje razem 2 860 000,00 zł. Natomiast wykonawca Remost oferuje cenę za całość 2 170 172,00 zł. Cena ta nie pokrywa kosztów materiałów oraz kosztów robocizny. W swojej wycenie Remost całkowicie pominął koszty sprzętu oraz kwotę wypracowanego zysku. Oferuje wykonanie zadania poniżej kosztów wytworzenia roboty budowlanej, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak widać z powyższego wyliczenia wykonawca Remost nie doszacował oferty na wartość około siedmuset tysięcy złotych. Zatem zamawiający, wbrew przepisowi art. 90 ust. 2-3 p.z.p., uznał jego wyjaśnienia za wystarczające i zaniechał odrzucenia jego oferty, do czego był zobligowany przepisem ustawy.

Następnie odwołujący zauważył, iż szerokie orzecznictwo Izby jest w tym zakresie jednolite i stanowi, że po stronie wzywanego wykonawcy leży obowiązek udowodnienia realności wyliczonej ceny. W wyrokach wskazuje się, że jeżeli w przypadku robót budowlanych cena oferty jest wartością poniżej 50% kosztorysu inwestorskiego, Izba nakazuje odrzucać takie oferty. Odwołujący przytoczył fragmenty wyroków Izby: z dnia 1 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 586/11, z dnia 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 624/11, z dnia 10 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO 2338/10, z dnia 29 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO 2499/10, z 1 dnia lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 104/18, z dnia 7 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 131/18.

W konsekwencji powyższego, według odwołującego, zamawiający wadliwie przyjął, że oferta wykonawcy Remost jest ważna i podlega ocenie, kiedy powinien ją odrzucić, a tym samym nie przyznawać punktacji ofercie w ustalonych kryteriach oceny ofert.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie ustnej do protokołu wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztów zastępstwa procesowego.

Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę REMOST Sp. z o.o. Sp. k., ul. Wielkie Przedmieście 26, 46-300 Olesno (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący także przedstawił swoje stanowisko procesowe ustnie do protokołu.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. Nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, iż należy odmówić odwołującemu posiadania legitymacji materialnej do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 p.z.p.), ponieważ złożył ofertę, którą oceniono jako trzecią w rankingu ofert, skarżąc w odwołaniu jedynie wybór oferty najkorzystniejszej, bez postawienia zarzutów w stosunku do drugiej oferty z rankingu. Zamawiający argumentował, iż w obecnej sytuacji nie sposób uznać, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, co powinno spowodować oddalenie odwołania.

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z rozdziałem IV lit. B pkt 2 SIWZ w przetargu przewidziano ocenę i badanie ofert w tzw. procedurze odwróconej (art. 24aa ust. 1 p.z.p.). Procedura odwrócona różni się od procedury zasadniczej kolejnością i zakresem przeprowadzanych przez zamawiającego czynności w ramach etapu badania i oceny ofert. Stosując tryb z art. 24aa ust. 1 p.z.p., po dokonaniu formalnej weryfikacji poprawności złożonych ofert, zamawiający przechodzi do ich badania pod kątem wystąpienia przesłanek odrzucenia, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przez pryzmat ustalonych kryteriów i wyłania ofertę najwyższej ocenioną, najlepszą. Po tym etapie dokonuje się oceny podmiotowej, ale tylko wykonawcy najlepszego. Zamawiający, stosując procedurę odwróconą, najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta uzyskała najwięcej punktów, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie bada się natomiast sytuacji podmiotowej pozostałych wykonawców. Jeżeli warunki podmiotowe wykonawcy najlepszego są prawidłowe dokonuje się wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, nie dokonując badania spełnienia warunków udziału w przetargu i braku podstaw do wykluczenia przez pozostałych wykonawców.

Ustawodawca – dokonując uproszczenia procedur udzielania zamówień publicznych – zdecydował, że w procedurze odwróconej sytuację podmiotową bada się na kanwie oświadczeń wykonawcy i dopiero, jeżeli jego oferta zostanie oceniona jako najlepsza, żąda się złożenia przez niego środków dowodowych w zakresie potwierdzenia okoliczności z art. 25 ust. 1 p.z.p. (art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24aa ust. 1 p.z.p.). Tym niemniej każdy inny wykonawca, który nie jest najwyższym ocenionym, dowodów tych nie składa – oprócz sytuacji, kiedy zamawiający zastosuje art. 26 ust. 2f p.z.p., co nie miało miejsca w rozpoznawanym sporze.

Zatem żądanie uzależnienia legitymacji do wniesienia odwołania od konieczności postawienia ofertom z wyższych pozycji w rankingu, niż oferta odwołującego, zarzutów mogących skutkować ich eliminacją z przetargu wydaje się postulatem szczególnie nietrafionym. Zamawiający nie bada sytuacji podmiotowej innych wykonawców, oprócz najlepszego, a chciałby żeby zrobił to odwołujący i pomimo braku materiału w tym przedmiocie, postawił czynnościom jednostki zamawiającej zarzuty – czynnościom, których zamawiający nie wykonał w postępowaniu. I nie jest to zaniechanie, czyli powstrzymanie się od działania, które powinno nastąpić na podstawie określonej normy prawnej (i któremu można byłoby postawić zarzut niezgodności z ustawą p.z.p.), a powstrzymanie się od badania dowodów w zakresie oceny sytuacji podmiotowej innych wykonawców, niż najwyższym ocenionym, zgodnie z ustawowym uprawnieniem zamawiającego. W takiej sytuacji wykonawcy nie znają decyzji zamawiającego wieńczącej jego ocenę co do spełniania warunków udziału w przetargu i braku podstaw do wykluczenia wobec swojej konkurencji, czyli nie ma czynności zamawiającego, której można byłoby postawić zarzut niezgodności z ustawą, więc

niewiadomym pozostało co w takiej sytuacji wykonawca miałby zaskarżyć – brak jest substratu zaskarżenia.

Trudno także podzielić argumentację jednostki zamawiającej, która sama bada właściwości podmiotowe wyłącznie najlepszego wykonawcy, ale oczekuje od odwołującego zastąpienia komisji przetargowej i doszukania się, poza dokumentacją przetargu, materiału na możliwe wyeliminowanie jego konkurencji, a jeżeli odwołujący tego nie zrobi, to postuluje odmowę przyznania mu legitymacji czynnej do wniesienia środka zaskarżenia.

Posiadanie interesu koniecznego do wniesienia odwołania na tym etapie bada się na moment jego wniesienia i nie można wykluczyć, że Izba uwzględni zarzuty odrzucenia oferty najkorzystniejszej – wtedy nastąpi badanie podmiotowe wykonawcy z drugiej pozycji, co wcale nie musi zakończyć się jego wyborem i zamawiający tego nie wie, ponieważ tego nie zbadał. Obecnie trudno, chociażby hipotetycznie, zakładać dalszy przebieg postępowania, nie mówiąc już o absurdzie wymagania od wykonawców, aby bez obowiązku zamawiającego ustalonego w normach p.z.p., a także bez materiału dowodowego w przetargu, stawiali jednostce zamawiającej zarzuty. Odwołujący z aktualnie trzeciej pozycji rankingu posiada zatem interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 p.z.p., gdyż jego oferta potencjalnie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W postępowaniu, w którym zastosowano procedurę odwróconą, brak weryfikacji podmiotowej wszystkich wykonawców stwarza możliwość zakwestionowania czynności zamawiającego bez względu na zajmowane przez odwołującego miejsce w rankingu.

Konkludując, w ocenie Izby odwołującemu przysługuje legitymacja materialna do wniesienia odwołania, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p., zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I. Postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny przystępującego:

- 1) pismem z dnia 08.10.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.,
- 2) przystępujący odpowiedział na ww. wezwanie wyjaśnieniami z 13.10.2020 r.,
- 3) pismem z dnia 16.10.2020 r. zamawiający ponownie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.,
- 4) przystępujący odpowiedział na drugie wezwanie wyjaśnieniami z 22.10.2020 r., złożone dokumenty zostały zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący w ramach drugich wyjaśnień przedłożył wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wraz z załącznikami m.in. z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, trzema oświadczeniami o zachowaniu poufności i wzorem umowy o zachowaniu poufności.

II. W dniu 13.11.2020 r. zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej w przetargu.

III. Pismem z dnia 13.11.2020 r. odwołujący zwrócił się do jednostki zamawiającej, na podstawie art. 8 i 96 p.z.p., o przesłanie mu skanu wezwania przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnień tej firmy.

W odpowiedzi na powyższe zamawiający, dnia 16.11.2020 r., przesłał odwołującemu skany wezwań (z pkt I ppkt 1 i 3) i poinformował go, że w pozostałym zakresie, w związku z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, zwrócono się do przystępującego o złożenie wyjaśnień w przedmiocie treści pisma z 22.10.2020 r.

IV. Termin na wniesienie odwołania wobec czynności i zaniechań zamawiającego w przetargu skutecznie upłynął dnia 18.11.2020 r. (art. 182 ust. 1 pkt 2 p.z.p.).

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny. Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

- do weryfikacji, czy nie doszło do zaniechania udostępnienia odwołującemu dokumentów składanych w przetargu przez przystępującego (art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.),
- do oceny, czy zamawiający w sposób właściwy ocenił ofertę przystępującego i nie zaniechał jej odrzucenia (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 poz. 1913), dalej zwanej jako „z.n.k.”).

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji przetargu, w szczególności w oparciu o korespondencję prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało przez skład orzekający uwzględnione.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 i art. 8 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie udostępnienia mu wskazanych w piśmie z dnia 13 listopada 2020 r. dokumentów, co zdaniem odwołującego ograniczyło jego prawo do rozbudowania zarzutów odwołania, które rozszerzy po uzyskaniu wglądu do dokumentacji postępowania.



Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała działania zamawiającego, w ramach okoliczności podnoszonych w odwołaniu i stwierdziła, że zamawiający w sposób bezpodstawny utajnił wszystkie złożone przez przystępującego dokumenty, które zostały przedłożone w ramach drugich wyjaśnień ceny przystępującego.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wniosek z dnia 13 listopada 2020 r., o udostępnienie dokumentacji przetargu, odwołującemu została przekazana treść wezwań w zakresie sposobu kalkulacji ceny przystępującego (*vide* pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), kiedy z materiału procesowego wynika, że przystępujący nie podjął nawet próby wykazania, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, trzy oświadczenia o zachowaniu poufności i wzór umowy o poufności spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę handlową, uregulowaną w art. 11 ust. 2 z.n.k.

Zgodnie z legalną definicją tajemnicy gospodarczej, zawartą w art. 11 ust. 2 z.n.k., skuteczne objęcie ochroną wymaga spełnienia przesłanek odnoszących się do określonego charakteru informacji (tj. charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą) i ujęcia ich jako całości, lub w szczególnym zbiorze, gdzie nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga od wykonawcy także wykazania spełnienia przesłanki formalnej, czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Nie mogą to być jakiegokolwiek działania, a jedynie zachowanie kwalifikowane przez pryzmat działania przy zachowaniu należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych.

Wszystkie powyższe przesłanki należy wykazać w stosunku do zastrzeganych informacji, inaczej zamawiający ma obowiązek dane te udostępnić (art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 p.z.p.). Co do zasady, tak jak w rozpoznawanym sporze, przedsiębiorcy – celem wykazania spełnienia przesłanek tajemnicy handlowej – przedkładają jednostkom zamawiającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu wykonawcy opisują charakter zastrzeganych danych i działania podejmowane w celu zachowania ich w poufności. Do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy dołączane są także dowody, udowadniające podnoszone okoliczności. Zatem jest to materiał dowodowy, który pozwala na zweryfikowanie, czy utajnione dane faktycznie zasługują na ochronę prawną i nie powinny zostać udostępnione konkurencji. Czym innym jest więc treść wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego, co zostało zastrzeżone jako poufne, a czym innym uzasadnienie utajnienia informacji dotyczących wyjaśnień ceny.

Jeżeli przystępujący posiadał wolę, aby objąć tajemnicą handlową także uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień ceny, to również w stosunku do tego dokumentu

należało udowodnić przesłanki art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Zatem nie wystarczy samo wskazanie w piśmie pt. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Remost Sp. z o.o. Sp. k., że jest ono prawnie chronioną tajemnicą przystępującego, ale należało wykazać, że rzeczony uzasadnienie spełnia wszystkie przesłanki utajnienia. Kiedy z materiału procesowego wynika, że przedłożone przez przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera w ogóle informacji zastrzeganych jako tajemnica handlowa przystępującego, tylko wskazuje, dlaczego w ocenie wykonawcy jego wyjaśnienia ceny należy utajnić. Innymi słowy, nie można mylić poufnych danych z samą informacją wskazującą dlaczego są one utajnione. Jeżeli wykonawca chciał skutecznie zastrzec dokument uzasadnienia, to należałoby złożyć uzasadnienie utajnienia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i w stosunku do tego dokumentu udowodnić, że nie tylko bezpośrednio odnosi się do zastrzeganych danych z wyjaśnień sposobu ceny, ale także, że uzasadnienie zastrzeżenia samo w sobie jest informacją o właściwym charakterze, posiada wartość gospodarczą i złożyć dowody na wykazanie prawidłowego utajnienia uzasadnienia tajemnicy, czego przystępujący nie zrobił. Wykonawca ograniczył się do subiektywnego przekonania, które także pozostało gołosłowne, że przedmiotowe uzasadnienie stanowi jego prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa, bez podjęcia jakiegokolwiek próby odniesienia się do wymogów z art. 11 ust. 2 z.n.k.

Skład orzekający stwierdził zatem, że w ustalonym stanie rzeczy nie wykazano spełnienia przesłanek art. 11 ust. 2 z.n.k. w stosunku do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego. Tożsamo, z akt postępowania wynika, że przystępujący nie podjął nawet próby wykazania, iż treść oświadczeń o zachowaniu poufności i wzór umowy o zachowaniu poufności, stanowią jego tajemnicę handlową. Dokumenty te zostały złożone jako środki dowodowe, celem wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, i nie zawierają bezpośrednio danych utajnianych jako tajemnica handlowa. Tak jak uzasadnienie objęcia tajemnicą gospodarczą omawiane dokumenty dotyczą zastrzeganych informacji (stanowią o konieczności zachowania ich w poufności), ale nie zawierają wprost żadnych danych, co do których przystępujący faktycznie próbowałby wykazać, iż stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Brak udostępnienia odwołującemu wyżej opisanych dokumentów postępowania, które nie zostały skutecznie objęte tajemnicą gospodarczą, ponieważ nie spełniają przesłanek skutkujących możliwością ich utajnienia (art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k.), spowodował naruszenie zasady jawności postępowania (art. 8 ust. 1 p.z.p.). Izba zgadza się z odwołującym, że jednostka zamawiająca jest zobligowana udostępnić wykonawcy protokół postępowania, o którym mowa w art. 96 ust. 1 p.z.p. wraz z załącznikami w postaci

informacji składanych przez zamawiającego i przystępującego (art. 96 ust. 2 p.z.p.), a brak ujawnienia omawianych dokumentów spowodowało naruszenie ww. norm.

Istotnym jest także, iż to na kanwie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa weryfikuje się, czy dane, które przedsiębiorca chce zachować jako poufne, spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę gospodarczą. Zatem brak udostępnienia uzasadnienia tajemnicy przystępującego pozbawił odwołującego możliwości sprawdzenia, czy utajnione wyjaśnienia ceny to informacje o charakterze określonym w art. 11 ust. 2 z.n.k., co do których powzięto właściwe działania aby je zastrzec, czyli czy wykazano wszystkie konieczne warunki dla uznania utajnienia za skuteczne. Brak udostępnienia uzasadnienia objęcia informacji tajemnicą gospodarczą uniemożliwia jakąkolwiek polemikę z czynnościami zamawiającego dotyczącymi prawidłowości utajnienia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Zamawiający, nie udostępniając odwołującemu bezskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa: uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy handlowej względem wyjaśnień ceny przystępującego, trzech oświadczeń o zachowaniu poufności i wzoru umowy poufności, naruszył art. 8 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., a w konsekwencji ograniczył odwołującemu prawo do wniesienia odwołania, ponieważ w zawitym terminie na jego wniesienie nie przekazano odwołującemu jawnych dokumentów przetargu. Powyższe uniemożliwiło odwołującemu kontrolę legalności działania zamawiającego i postawienie zarzutów w tym przedmiocie. Skoro więc czynność ta została dokonana z naruszeniem prawa, należy wrócić do stanu sprzed wyboru oferty najkorzystniejszej i dopełnić zaniechanych czynności, co skład orzekający nakazał zamawiającemu w sentencji orzeczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem potwierdziło się, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 8 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k.) może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – brak ujawnienia niezastrzeżonych danych pozbawiło odwołującego prawa do ich weryfikacji, co ma bezpośredni wpływ na jego prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej, które mogą mieć wpływ na losy oferty przystępującego w postępowaniu, a tym samym na jego wynik. Jak również, skoro nieujawnienie wadliwie utajnionych informacji jest sprzeczne z zasadą jawności postępowania, co zobowiązuje zamawiającego do ujawnienia tych informacji (por. uchwała SN z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt: III CZP 74/05), to tym bardziej zaniechanie udostępnienia jawnych informacji zasługuje na ochronę prawną i winno powodować konwalidowaniem wady postępowania, poprzez wzruszenie wyniku przetargu i przywrócenie terminu na efektywną możliwość skorzystania przez odwołującego z jego prawa do sądu.

Mając na uwadze ustalony stan rzeczy i konieczność unieważnienia rozstrzygnięcia przetargu, Izba uznała za przedwczesne zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 z.n.k., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, zatem obecnie zarzuty te zostały oddalone. Tak jak trafnie podnoszono w odwołaniu, dopiero udostępnienie dokumentacji przetargu pozwoli odwołującemu na rozbudowanie zarzutów stawianych czynnościom zamawiającego.

W obecnej sytuacji, na rozprawie, strona próbowała stawiać działaniom jednostki zamawiającej dodatkowe zarzuty, które nie zostały ujęte w rozpoznanym odwołaniu. Natomiast wobec brzmienia art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu. Nowe okoliczności i argumentacja formułowana poza zarzutami postawionymi w rozpoznanym środku zaskarżenia jest spóźniona i musiała zostać przez skład orzekający pominięta.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT, zmniejszone do kwoty wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....