

Sygn. akt: KIO 2792/14

**WYROK**  
**z dnia 16 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2014 r. przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Salini Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Marszałkowskiej 72, 00-545 Warszawa, **Salini Impregilo S.p.A** z siedzibą w Mediolanie, Via dei Missaglia 97, 20142 Mediolan, **Todini Costruzioni Generali S.p.A.** z siedzibą w Rzymie, Via della Dataria 22, 00187 Rzym w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu** ul. Lotnicza 24, 54-155 Wrocław

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Budimex S.A** z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, **Ferrovial Agroman S.A.** z siedzibą w Madrycie, Ribera del Loira 42, Campo de las Naciones zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Marszałkowskiej 72, 00-545 Warszawa, Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie, Via dei Missaglia 97, 20142 Mediolan, Todini Costruzioni Generali S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Via della Dataria 22, 00187 Rzym i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego -

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Marszałkowskiej 72, 00-545 Warszawa, Salini Impregilo S.p.A z siedzibą w Mediolanie, Via dei Missaglia 97, Todini Costruzioni Generali S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Via della Dataria 22 tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Marszałkowskiej 72, 00-545 Warszawa, Salini Impregilo S.p.A z siedzibą w Mediolanie, Via dei Missaglia 97, 20142 Mediolan, Todini Costruzioni Generali S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Via della Dataria 22, 00187 Rzym na rzecz Zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu ul. Lotnicza 24, 54-155 Wrocław kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez Zamawiającego – Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu na *zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól – Legnica (A-4), zadanie V od węzła Lubin Południe /bez węzła/ do węzła Legnica II (A-4), o długości ok. 22,6 km tj. odcinek od km 58+974 do ok. km 79+172,03 (tj. do km 79+164 – ustalonego na etapie decyzji środowiskowej i podziału dokumentacji na odcinku) i węzeł Legnica II od km 0+000 do km 2+420 (nr postępowania: GDDKiA O/WR I-2/PO/181/R/I-4/2013)*, wobec zaniechania na etapie poprzedzającym badanie i ocenę ofert wezwania Konsorcjum Budimex do wykazania zasadności zastrzeżenia wyjaśnień z dnia 11 grudnia 2014 r. i błędnego przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa oraz dokonania wyboru oferty Konsorcjum Budimex, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Salini Impregilo S.p.A z siedzibą w Mediolanie, Todini Costruzioni Generali S.p.A. z siedzibą w Rzymie (dalej jako Odwołujący) wnieśli w dniu 24 grudnia 2014 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2792/14).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 03.09.2013 r., 2013/S 170-294260.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty określonej w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla robót budowlanych, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej” i wynosi 1.120.164.076,92 PLN.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, tj. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zw.n.k. w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy polegające na

- zaniechaniu zbadania na etapie poprzedzającym dokonanie oceny ofert zasadności zastrzeżenia przez Konsorcjum Budimex wyjaśnień przekazanych pismem z dnia 11 grudnia 2014 r., co uniemożliwiło Odwołującemu zapoznania się z treścią całokształtu oferty Konsorcjum Budimex stanowiącej załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia i doprowadziło do naruszenia zasady jawności, podczas gdy przeprowadzenia analizy wyjaśnień Konsorcjum Budimex na etapie poprzedzającym dokonanie oceny ofert było obowiązkiem Zamawiającego,

- wadliwej, automatycznej i pozornej ocenie wyjaśnień Konsorcjum Budimex złożonych dnia 22 grudnia 2014 r., (tj. już na etapie następującym po przeprowadzeniu czynności

badania ofert), skutkującej niezasadnym uznaniem ich za spełniające przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zw.n.k., pomimo, że Konsorcjum Budimex nie odniosło się do wszystkich skierowanych przez Zamawiającego pytań, a w pozostałym zakresie wyjaśnienia winny zostać uznane za niedowodzące możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz odmową udostępnienia Odwołującemu wglądu do wyjaśnień Konsorcjum Budimex z dnia 11 grudnia 2014 r.

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie zastrzeżonych wyjaśnień z dnia 11 grudnia 2014 r. i dokonania czynności ponownego badania i wyboru oferty.

Naruszenie interesu w uzyskaniu zamówienia Odwołujący wywodził z pozbawienia go prawa wglądu do oferty wybranej, przez co Odwołujący nie miał możliwości zweryfikowania prawidłowości czynności oceny oferty, a ponieważ jego oferta sklasyfikowana została na drugim miejscu, mógł on ponieść szkodę w postaci niezyskania zamówienia. Odwołujący nie mógł skorzystać z środków ochrony prawnej w celu doprowadzenia do odrzucenia wybranej oferty.

Odnosząc się do podstaw zarzutów, Odwołujący wskazał na okoliczność, w jakich Zamawiający dokonał oceny zasadności zastrzeżenia wyjaśnień Konsorcjum Budimex zawartych w piśmie z dnia 11 grudnia 2014 r. Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 5 grudnia 2014 r. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do Konsorcjum Budimex o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, celem zweryfikowania, czy oferta spełnia wszystkie wymagania zawarte w siwz, a cena oferty zawiera wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia. Zamawiający zadał jedenaście pytań odnoszących się w przeważającej mierze do technicznych zagadnień związanych z realizacją zamówienia. Udzielając odpowiedzi w piśmie z dnia 11 grudnia 2014 r. Konsorcjum Budimex, w ocenie Odwołującego bezzasadnie zastrzegło ich treść powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, co nastąpiło pismem z dnia 15 grudnia 2014 r. wystąpił do Konsorcjum Budimex o wyjaśnienie przyczyn, dla których złożone wyjaśnienia miałyby być chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa (pismo Zamawiającego z dnia 17 grudnia 2014 r.). W odpowiedzi Konsorcjum Budimex złożyło pismo z dnia 22 grudnia 2014 r. w którym zawarło ogólny wywód nie odnoszący się do poszczególnych pytań a dotyczący uprawnień wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zw.n.k.

Odwołując się do zasady jawności Odwołujący wskazał na spoczywający w tym zakresie na Zamawiającym obowiązek udostępnienia informacji o postępowaniu, przez co umożliwia się wykonawcom weryfikację prawidłowości działań Zamawiającego i konieczności ścisłego stosowania wyjątków ograniczenia zasady jawności. Taki wyjątek dotyczy obowiązku nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zw.n.k., jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione.

Odwołujący zakwestionował jako prawidłowe działania Zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia poufności informacji zawartych w piśmie z dnia 11 grudnia 2014 r. dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Rozstrzygnięcie postępowania oznacza, że wszystkie inne czynności, które nie zostały dokonane przez Zamawiającego, a powinny być przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy, należy uznać za zaniechane. Zamawiający błędnie zastosował przepis art. 87 ust. 1 ustawy występując o wyjaśnienia już po zakończeniu czynności badania i oceny ofert. Nawet gdyby przyjąć, że działaniem tym Zamawiający uczynił zadość ciężącym na nim obowiązkom w zakresie zweryfikowania zasadności utajnienia treści wyjaśnień przez Konsorcjum Budimex, to zdaniem Odwołującego ocena tych wyjaśnień również była nieprawidłowa. Z uwagi na zakres pytań nawiązujących do technicznych zagadnień z etapu projektowania i realizacji zamówienia oraz przygotowania do realizacji umowy i stosunków pomiędzy podwykonawcami i dalszymi kontrahentami, Odwołujący uznał, iż nie wymagały one takiego stopnia szczegółowości, aby ujawniać wrażliwe informacje należące do wykonawcy lub innego przedsiębiorcy. Konsorcjum Budimex w wyjaśnieniach jakich udzielił w piśmie z dnia 22 grudnia 2014 r. nie odnosił się do pytań o charakterze technicznym, skupiając swoją uwagę na relacjach biznesowych z podmiotami trzecimi, co zdaniem Odwołującego było niewystarczającym dla wykazania zasadności zastrzeżenia wyjaśnień jako poufnych. Zamawiający akceptując takie wyjaśnienia nie wywiązał się z ciężącym na nim obowiązkami naruszając przepis art. 8 ust. 3 ustawy oraz art. 11 ust. 4 uznk. Sam Zamawiający w piśmie z dnia 17 grudnia 2014 r. skierowanym do Konsorcjum Budimex wskazał, iż nie znalazł w wyjaśnieniach żadnych informacji, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, co powinno skutkować ich odtajnieniem.

Argumentacją powyższą Odwołujący poparł tezami z orzecznictwa KIO oraz Sądów.

Zamawiający złożył w piśmie z dnia 15 stycznia 2015 r. odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający uznał wyjaśnienia Konsorcjum Budimex, jakich udzielił w piśmie z dnia 22 grudnia 2014 r. za wystarczające i zasadne, gdyż zawierały one szereg informacji dotyczących strategii sporządzenia przez wykonawcę oferty, odnoszących się do sposobu i środków realizacji kontraktu. Odpowiedzi na pytania z dnia 11 grudnia

2014r. ujawniały założenia związane z organizacją procesu budowlanego, w tym sposób współpracy z podwykonawcami, mających charakter organizacyjny przedsiębiorstwa, o jakich mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zw.n.k. oraz przedstawiające samodzielnie wartość handlową, w stopniu uzasadniającym konieczność ich ochrony przed bezprawnym ujawnieniem. Ich wartość ekonomiczna wyraża się w wypracowanej przez Budimex strategii budowania ceny ofertowej, stopnia zaawansowania negocjacji z kontrahentami, rodzaju zawieranych umów i zakresu współpracy. Ich ujawnienie mogłoby, w ocenie Zamawiającego osłabiać pozycję w przyszłych postępowaniach.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron Izba dopuściła do udziału w sprawie w charakterze uczestnika postępowania wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – Konsorcjum Budimex.

Mając powyższe na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała zarzuty na posiedzeniu jawnym z uwzględnieniem poczynionych, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaleń faktycznych.

Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

W piśmie z dnia 05.12.2014 r. Zamawiający wystąpił do Konsorcjum Budimex w trybie art. 87 ust. 1 o wyjaśnienie treści oferty ujętych w 11 pytaniach. Pytania dotyczyły etapu przygotowania i realizacji robót (terminu, w jakim wykonawca zamierza przystąpić do realizacji, porozumień zawartych, zabezpieczenia materiałowego i sprzętowego, zakresu udziału podwykonawców, uwzględnienia ryzyk i wymagań zawartych w siwz). Zamawiający oczekiwał wyczerpującej i szczegółowej informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na sposób realizacji zamówienia, co najmniej w kwestiach wskazanych w pytaniach ale także innych, istotnych w ocenie Konsorcjum Budimex.

W piśmie z dnia 11.12.2014 r. Konsorcjum Budimex złożyło wyjaśnienia udzielając odpowiedzi na zadane pytania. W części były one jednozdaniowe, a w części odnosiły się szerzej do zakresy pytania, zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający w dniu 15.12.2014 r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej według ustalonych kryteriów oceny ofert.

Zwracając się ponownie do Konsorcjum Budimex pismem z dnia 17.12.2014 r. o wyjaśnienie w jakim zakresie ujawnienie informacji zawartych w piśmie z dnia 11.12.2014 r. zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy (art. 11 ust. 1 ustawy o zw.n.k.) oraz na jakiej podstawie zostały one zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający zwrócił się o wyrażenie zgody na udostępnienie tych danych.

W wyjaśnieniach z dnia 22.12.2014 r. Konsorcjum Budimex wskazało, iż informacje zawarte w odpowiedziach dotyczyły strategii sporządzania oferty, odnosząc się do sposobu i środków realizacji kontraktu. Ujawnione zostały założenia związane z organizacją procesu budowlanego, w tym sposób współpracy z podwykonawcami już na etapie przygotowania oferty, sposób negocjowania z nimi umów. Ekonomiczna wartość tych informacji wynikać ma z faktu, iż zawierają one dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat przyjętej przez wykonawcę strategii ubiegania się o zamówienie (strategii budowania ceny ofertowej), jego aktywności gospodarczej, form i czasu nawiązywania współpracy z kontrahentami, a ich ujawnienie mogłoby negatywnie wpływać na możliwość efektywnego konkurencyjnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami. Konsorcjum Budimex wskazało na ograniczony krąg osób mających dostęp do tych informacji, a także poufny charakter negocjacji z kontrahentami, co umożliwia ochronę tych informacji, włącznie z zapewnieniem bezpiecznego obiegu dokumentów i stosowaniem klauzul w umowach o pracę. Wykonawca nie wyraził zgody na udostępnienie tych informacji przez Zamawiającego.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny, niesporny między stronami Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na bezzasadność podniesionych zarzutów naruszenia ustawy.

Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny zarzutów Izba zobowiązana była ustalić, czy spełnione zostały przesłanki materialno prawne z art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia odwołania. Z uwagi na pozycję oferty Odwołującego w rankingu ofert (miejsce drugie), a także wnioski sformułowane w odwołaniu o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, pozytywne rozstrzygnięcie w przedmiocie wskazanych naruszeń ustawy dawałoby Odwołującemu szansę zapoznania się z wyjaśnieniami dotyczącymi treści oferty wybranej. Możliwość ta otwierałaby drogę do ewentualnych dalszych zarzutów, które w konsekwencji mogłyby nawet prowadzić do odrzucenia oferty obecnie najkorzystniejszej i wskazanie w jej miejsce oferty Odwołującego. W świetle powyższego Izba przystąpiła do oceny merytorycznej zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zarzuty naruszenia przepisów ustawy, tj. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zw.n.k. w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy dotyczyły czynności Zamawiającego badania zasadności nadania klauzuli poufności dla informacji zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum Budimex z dnia 11.12.2014 r., podjętych już po wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazywał bowiem, iż po zakończeniu czynności badania i oceny ofert, której wyrazem w postępowaniu była decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający nie miał podstaw w oparciu o przepis art. 87 ustawy

zwracać się do wykonawcy o wyjaśnienia, które powinny być w całości dokonane przed rozstrzygnięciem postępowania. Ponadto, Odwołujący zakwestionował prawidłowość oceny wyjaśnień Konsorcjum Budimex z dnia 22.12.2014 r. złożonych w zakresie wykazania zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w piśmie z dnia 11.12.2014 r.

Żaden z zarzutów osadzonych we wskazanej podstawie faktycznej, nie znalazł uznania w ocenie Izby.

Dla rozstrzygnięcia istotnym było ustalenie charakteru i zakresu informacji, które wynikały z odpowiedzi Konsorcjum Budimex złożonych w piśmie z dnia 11.12.2014 r., ale także ocena możliwości wpływu ewentualnych uchybień Zamawiającego na wynik postępowania. W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, iż zapytanie jakie skierował do Konsorcjum Budimex wynikało z pewnej praktyki stosowanej przez niego w postępowaniach, mającej na celu pozyskanie dodatkowych informacji dotyczących stopnia przygotowania wykonawcy do realizacji zamówienia. Nie było spornym w sprawie, iż zakres pytań wykraczał poza treść objętą oświadczeniami żądanym od wykonawców na etapie złożenia oferty, zawierających zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i dokumentacją budowlaną (strony 1 - 3 oferty Konsorcjum Budimex). Zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający określili charakter pytań skierowanych do Konsorcjum Budimex, jako odnoszących się do sposobu wykonania przedmiotu świadczenia. W ten sam sposób Izba oceniła udzielone wyjaśnienia, w których wykonawca bądź potwierdzał, w sposób ogólny uwzględnienie w ofercie elementów, których dotyczyły pytania (np. pytanie nr 1, 9, 10, 11), ale w dużej części odpowiedzi zawierały szerszą informację o stanie przygotowania wykonawcy do wykonania zamówienia, w tym zakresie współpracy z podmiotami trzecimi, zabezpieczenia materiałowo-sprzętowego. Izba uznała, iż pytania i udzielone na nie odpowiedzi faktycznie wykraczały poza obowiązkową treść oświadczeń, stanowiąc ich rozwinięcie, doprecyzowanie, a niekiedy również wkraczając w relacje biznesowe wykonawcy (np. pytanie nr 3, 4, 8). Jakkolwiek wyjaśnienia z dnia 11.12.2014 r. dotyczyły stanu zaawansowania rozmów, czy też zabezpieczenia materiałowo-sprzętowego, to w ocenie Izby, były one na tyle ogólne, iż w żadne sposób nie ujawniały, ani źródła, ani danych o kontrahentach, z jakimi zamierza współpracować Konsorcjum Budimex przy wykonywaniu zamówienia. Można odnieść wrażenie, iż dalsze wyjaśnienia Konsorcjum Budimex złożone już po wyborze oferty najkorzystniejszej zmieniały odbiór informacji zawartych we wcześniejszych odpowiedziach. Słusznie Odwołujący zwrócił uwagę (choć nie znał treści odpowiedzi) na trudność w ocenie wyjaśnień z dnia 22.12.2014 r., jako nawiązujących do informacji ujętych w piśmie z 11.12.2014 r., mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, trudno przypisać wartość gospodarczą ogólnym wyjaśnieniom, w których nie ma konkretnej informacji, ani o ofertach, ani o kontrahentach, jak również wskazać wprost na



te elementy informacji, w których miałyby się zawierać strategia przygotowania oferty pozwalająca na uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad innymi uczestnikami rynku właściwego. W świetle powyższego Izba oceniła, iż w sposób niezasadny Konsorcjum Budimex zastrzegło informacje zawarte w piśmie z dnia 11.12.2014 r. jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższa ocena nie wpływa jednak na zasadność podniesionych zarzutów.

Przede wszystkim, aby mówić o naruszeniu zasady jawności w postępowaniu, przez nieudostępnienie treści ofert, czy też załączników do protokołu postępowania należy mieć na uwadze, to czy ewentualne uchybienia Zamawiającego dotyczą wymaganych treścią siwz elementów oferty, jak również wymaganych ustawą czynności postępowania. W ocenie Izby, zasada jawności służyć ma zapewnieniu transparentności postępowania zamawiającego, umożliwiającej realną ocenę i kontrolę nad czynnościami zamawiającego podejmowanych w celu wskazania wykonawcy, z którym zawarta zostanie umowa w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli Zamawiający podejmuje w postępowaniu pewne działania, które pozostają obojętne dla podejmowanych czynności w postępowaniu, to trudno jest dopatrzeć się naruszenia przepisów ustawy. Odwołujący kwestionował moment zwrócenia się przez Zamawiającego do Konsorcjum Budimex o wyjaśnienie zasadności uznania udzielonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający rzeczywiście wystąpił z takim zapytaniem już po wyborze oferty najkorzystniejszej, to jednak nie wskazał w piśmie z dnia 17.12.2014 r. jako podstawy prawnej przepisu art. 87 ustawy. Zarówno ten brak wskazania podstawy prawnej, jak i wniosek płynący z zapytania wskazuje, że ewentualna odpowiedź wykonawcy w żaden sposób nie odnosiła się do treści oferty. Dotyczy ona bowiem kwestii związanych ze sposobem wykonania zamówienia, stanu przygotowania wykonawcy do rozpoczęcia procesu budowlanego, których Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie. Izba nie kwestionuje potrzeby wykonania wszystkich czynności w ramach badania ofert przed zakończeniem ich oceny, nie oznacza to jednak, że zamawiający pozbawiony jest zdolności do podejmowania innych działań, które nie zmierzają do zmiany wyniku postępowania, a spowodowane zostały potrzebą wyjaśnienia ewentualnych dalszych kwestii przed zakończeniem postępowania i zawarciem umowy.

W świetle tych wywodów Izba uznała, iż w ustalonych okolicznościach faktycznych, czynność wyjaśnienia zasadności utrzymania klauzuli poufności dokumentu złożonego w toku postępowania, podjęta po zakończonej czynności oceny ofert nie naruszała ani normy zawartej w art. 87 ustawy, ani zasad jawności, czy też równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odnosząc się natomiast do oceny informacji płynących z odpowiedzi z dnia 11.12.2014 r. jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba w tym zakresie przychyliła się do argumentacji Odwołującego, jednak mając na uwadze zakres informacji przekazanych w piśmie

(wykraczających poza ocenianą treść oferty, co zostało opisane powyżej), jak i treść art. 192 ust. 2 ustawy uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu. Przyjmując bowiem, iż wyjaśnienia z dnia 11.12.2014 r. powinny być udostępnione wykonawcom w postępowaniu, to z uwagi na ich ambiwalentne znaczenie dla oceny oferty, nie mogły dostarczać podstawy do formułowania ewentualnych nowych zarzutów wobec oferty wybranej, co Odwołujący mógł wywieść z zakresu pytań skierowanych pismem z dnia 5.12.2014 r.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w oparciu o przepisy § 3, § 5 ust. 3 pkt 1 [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 \(Dz. U. Nr 41, poz. 238\)](#). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 20 tyś zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego stwierdzone przedłożonym na rozprawie rachunkiem w wysokości 3.600 zł. i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....