

**WYROK**

**z dnia 14 października 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach: 21 września 2020 r. i 12 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 r. przez wykonawcę: **All4Affiliate Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Spółka Akcyjna** z siedzibą w Poznaniu

przy udziale wykonawcy **MEDIA GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 ze zm.) poprzez zaniechanie ujawnienia treści oferty w zakresie formularza/tabeli warunków zakupowych zał. 1a - 1j oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez MEDIA GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i unieważnia czynność zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odtajnienie treści oferty w zakresie Formularza/Tabeli warunków zakupowych załączniki 1 a -1 j oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez MEDIA GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
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), w tym kwotę uiszczoną przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionego wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U 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 Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

ENEA Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Świadczenie usług zakupu mediów przez dom mediowy na rzecz ENEA S.A.*”, numer referencyjny: 1100/AWOO/Z1/KZ/2019/0000071087. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 marca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr ogłoszenia: 2020/S 053-127061.

W dniu 15 lipca 2020 r. Zamawiający drogą elektroniczną przekazał wykonawcom Zaprośzenie do udziału w aukcji elektronicznej. Z zachowaniem terminu ustawowego wykonawca All4Affiliate Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r (dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie ujawnienia treści oferty w zakresie Formularza/Tabeli warunków zakupowych zał. 1 a-1 j oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez MEDIA GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „MEDIA GROUP”), pomimo że zastrzeżone przez MEDIA GROUP informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MEDIA GROUP, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez MEDIA GROUP nie jest rażąco niska;

oraz

- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk w zw. art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MEDIA GROUP mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia;

- 2) art. 8 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z §4 ust. 5 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu załączników do protokołu postępowania w szczególności w postaci korespondencji prowadzonej z wykonawcą MEDIA GROUP (wezwania do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz odpowiedzi udzielonej przez ww. wykonawcę oraz innych dokumentów jeżeli były składane w toku postępowania).

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
- 3) udostępnienia Odwołującemu załączników do protokołu postępowania w szczególności w zakresie korespondencji prowadzonej z MEDIA GROUP;
- 4) odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez Media Group ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienia Formularza/Tabeli warunków zakupowych zał. 1 a-1 j załączonych do oferty Media Group;
- 5) odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Media Group, jeśli zostały objęte ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 6) odrzucenia oferty Media Group.

W uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów, Odwołujący podał, że nie zostały mu udostępnione dokumenty w postaci Formularza/Tabeli warunków zakupowych zał. 1 a-1 j załączonych do oferty MEDIA GROUP oraz korespondencji prowadzonej przez MEDIA GROUP z Zamawiającym (w szczególności chodzi o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, do których najprawdopodobniej ww. wykonawca był wzywany). Jeżeli chodzi o treść oferty, to z informacji przekazanych przez Zamawiającego wynika, że Formularz/Tabela warunków zakupowych zał. 1 a-1 j został uznany przez Zamawiającego za dokument skutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odniesieniu do dokumentacji postępowania Odwołującemu nie został udostępniony jakikolwiek inny dokument, gdyż Zamawiający stoi na stanowisku, że mimo zakończenia badania ofert pod kątem ich odrzucenia i wystosowania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej korespondencja nie podlega udostępnieniu w jakimkolwiek zakresie. Stanowisko Zamawiającego jest w tym zakresie bezzasadne, jednak zważywszy na zawite terminy na wnoszenie odwołań oraz mając na uwadze fakt, że MEDIA GROUP z dużym prawdopodobieństwem było wzywane do udzielenia wyjaśnień ceny oraz przedmiotowe wyjaśnienia złożyło, już na tym etapie wskazujemy na bezzasadność ich utajnienia w całości.

Odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 2 uznk. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo nie złożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk 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.

Zdaniem Odwołującego zastrzeżenie dokonane przez MEDIA GROUP w zakresie Formularza/Tabeli warunków zakupowych zał. 1 a-1 j jest bezpodstawne. Złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia tajemnicy są ogólne i w żaden sposób nie potwierdzają zasadności poczynionego utajnienia. Przede wszystkim, MEDIA GROUP nie wykazało, że wykonawca podjął w stosunku do zastrzeżonych informacji kroki mające na celu zachowanie informacji w poufności. Odwołujący wskazał, że wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Izby przedstawienie samych wyjaśnień (zwłaszcza ogólnych) bez dołączenia do nich odpowiednich dowodów jest niewystarczające: *Zdaniem Izby z powyższej analizy wynika, że pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ZamPublU, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art 11 ust 4 ZNKU. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec*

czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestie wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.). Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający doszedł do przekonania, że Konsorcjum N nie wykazało (udowodniło), że podjęło niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Pomijając teoretyczne wywody zawarte na str. 3-5 pisma Przystępującego z 2 marca 2018 r. (uzasadnienie zastrzeżenia informacji ze złożonych wykazów, zawarte w piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie z art. 26 ust. 1 ZamPublU), które nie stanowią, w ocenie Izby, wykazania zasadności zastrzeżenia, Konsorcjum N zdawkowo oświadczyło m.in., że „każdy z pracowników Wykonawcy zobowiązał się poprzez pisemne oświadczenie do zachowania w tajemnicy informacji pozyskanych w trakcie wykonywania obowiązków służbowych (...)” (tamże, str. 5), nie przedstawiając Zamawiającemu, mimo istnienia takiej możliwości, dowodów na tą okoliczność. Ponadto Przystępujący oświadczył lakonicznie, że dostęp do tych informacji ma jedynie ograniczony i ściśle określony krąg osób oraz że dokumenty zawierające te informacje są przechowywane w sposób uniemożliwiający dostęp do nich przez osoby uprawnione. Powyższe uprawnia wniosek, że dokonane zastrzeżenie, w braku skonkretyzowania okoliczności stanowiących /ego podstawę i przedstawienia dowodów na ich potwierdzenie, jest w istocie teoretycznym wprowadzeniem do problematyki tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie potwierdza, że zastrzeżone informacje zasługują na ochronę (wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2018 r. KIO 637/18); „Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego „wykazania” nie wystarcza same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ZamPublU, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na /ego potwierdzenie” (wyrok KIO z dnia 16 lutego 2018 r. KIO 200/18).

Następnie Odwołujący zauważył, że z dokumentacji postępowania udostępnionej przez Zamawiającego wynika, że MEDIA GROUP ogólnie wskazała, że zastrzegane informacje stanowią know-how wykonawcy i autorski sposób przygotowania oferty, nie przedłożyła przy tym jakichkolwiek dowodów potwierdzających deklaracje zawarte w wyjaśnieniach tajemnicy. Ogólne zapewnienia o stosowanych w spółce procedurach bez przedstawienia w tym zakresie jakiegokolwiek dowodu umożliwiającego zweryfikowanie twierdzeń wykonawcy są niewystarczające, tym bardziej wobec równie ogólnej treści samych wyjaśnień. Nie można bowiem uznać, że ogólnikowe zapewnienie o wąskim gronie osób, który ma dostęp do informacji i o istnieniu klauzul poufności może stanowić wystarczającą podstawę do utrzymania zastrzeżenia. Wykonawca nie przedstawił w tym zakresie dokumentów uwiarygadniających taką argumentację, mimo iż skoro powołuje się na istnienie wewnętrznych procedur/ obowiązujących klauzul - miał możliwość ich przedłożenia. Poza tym, utrzymanie zastrzeżenia informacji w Formularzu/Tabeli warunków zakupowych zał. 1 a-1 j MEDIA GROUP jest bezprzedmiotowe, gdyż Zamawiający wraz z zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej przekazał wykonawcom tabelę z punktacją w ramach każdego z podkryteriów zawartych w ww. formularzu. Biorąc pod uwagę fakt, że kryteria zostały szczegółowo opisane w pkt 13.1 SIWZ i sposób obliczenia punktacji polega m.in. na obliczeniu proporcji ceny zaoferowanej w ofercie badanej do ceny najtańszej możliwe jest wyliczenie średniego rabatu zaoferowanego przez MEDIA GROUP w ramach każdej z poszczególnych grup podlegających wycenie - kampania w TV, Radio, Internet A, Internet B, Praca, VOD, OOH, Kino, Product placement, Projekty specjalne. Możliwe jest w ten sposób wyliczenie średniego rabatu zaoferowanego na całą grupę, a nie za poszczególne serwisy/ media wchodzące w zakres kampanii, natomiast biorąc pod uwagę znany dzięki temu ogólny poziom możliwego do uzyskania rabatu, Formularz/Tabela warunków zakupowych zał. 1a-1j nie powinna stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do kwestii zastrzeżenia poufności wyjaśnień złożonych w postępowaniu przez MEDIA GROUP, Odwołujący wskazał, że nie wszystkie informacje objęte wyjaśnieniami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - wobec czego tak dokonane zastrzeżenie poufności jest działaniem bezpodstawnym. Działanie to jednocześnie faktycznie faworyzuje MEDIA GROUP, bowiem niemożność zapoznania się przez Odwołującego z treścią złożonych wyjaśnień znacząco utrudnia chociażby weryfikację poprawności działań Zamawiającego dotyczących oceny złożonych wyjaśnień i zaproszenia ww. wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 3 stycznia 2014 r. sygn. akt: KIO 2875/13, w którym zostało wskazane, że „Prawo nie powinno nikogo zmuszać do czynienia niemożliwego, zatem - jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle - w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny

*oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego, który uznał zastrzeżenie, należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty.” oraz wyrok z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 242/17, gdzie zostało wskazane, że „zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty, a zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane.”* Za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości dokumentu, w sytuacji, gdy może on zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa (w tym przypadku dotyczy to zarówno samych wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i uzasadnienia tajemnicy). Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 uznk. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp. Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1229/15, w którym wskazano, iż „Trzeba mieć na uwadze, że nieujawnianie informacji zawartych w treści oferty wykonawcy jest wyjątkiem od ogólnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażonej w art. 8 ust 1 Pzp. Nie można zatem akceptować zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa szeregu dokumentów, jeżeli znajdują się w nich informacje różnej wagi, także nieposiadające tego przymiotu. Taka praktyka wykonawcy niesie dla niego ryzyko, że w razie ujawnienia tych dokumentów, zostaną również ujawnione informacje rzeczywiście zasługujące na ochronę. W konsekwencji rolą wykonawcy jest wyraźne wskazanie, które informacje, i z jakich przyczyn, są nią objęte. Tymczasem Przystępujący, w odniesieniu do informacji, które Izba nakazała Zamawiającemu odtajnić, nie wskazał uzasadnionych powodów, dla których nie mogły zostać ujawnione.”

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien, co najwyżej zastrzec wybrane elementy z wyjaśnień rażąco niskiej ceny MEDIA GROUP, o ile faktycznie znajdują się w nich dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia tajemnicy załączone natomiast do wyjaśnień ceny powinny być jawne. Przykładowo należy wskazać, że brak jest podstaw do objęcia tajemnicą ogólnych twierdzeń podnoszonych standardowo przez wykonawców w tego typu wyjaśnieniach, przytoczonego stanowiska doktryny czy orzecznictwa. Utajnienie całości wyjaśnień jest zdecydowanie zbyt daleko idącym działaniem ze strony



Zamawiającego zwłaszcza, że uczynione w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny, może w praktyce uczynić przysługujące wykonawcy instrumenty prawne, w postaci prawa do odwołania, iluzorycznymi. Istotne jest ponadto, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu nie tylko wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez MEDIA GROUP, ale również uzasadnienia utajnienia przez MEDIA GROUP informacji dotyczących wyjaśnienia ceny. Odwołujący wskazał także na wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r. KIO 1072/11, w którym stwierdzono, że „(...) przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”. 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 należytą 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. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1 -3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. Zasadność odtajnienia w odniesieniu do całości wyjaśnień ceny uzasadnia nie tylko złożenie wyjaśnień ogólnych, ale również brak przedłożenia dowodów uzasadniających podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności. W wyroku KIO z dnia 9 czerwca 2020 KIO 477/20, Izba wprost stwierdziła, że mimo iż zastrzeżone dokumenty (wyjaśnienia ceny) co do zasady posiadały walor tajemnicy jednak w związku z brakiem dowodów odtajnieniu podlegała cała ich treść. Tym samym, jeżeli tak jak w przypadku wyjaśnień dołączonych do oferty MEDIA GROUP nie przedstawiła dowodów potwierdzających zasadność utajnienia wyjaśnień ceny odtajnieniu podlega całość złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Uzasadniając zarzuty ewentualne zawarte w pierwszym punkcie, tj. zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oraz nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez MEDIA GROUP oraz czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący na wstępie wskazał, że brak udostępnienia wezwania Zamawiającego oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedstawionych przez MEDIA GROUP w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego,

uniemożliwia szczegółowe odniesienie się do wyjaśnień MEDIA GROUP i argumentacji w nich przedstawionej. Niemniej jednak w przypadku oddalenia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia oferty MEDIA GROUP w zakresie Formularza/Tabeli warunków zakupowych zał. 1 a-1 j złożonych do oferty Media Group lub w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz biorąc pod uwagę, że cena zaoferowana przez MEDIA GROUP ma charakter rażąco niskiej, co powinno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę, należy stwierdzić, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień prowadzącej do uznania, że oferta złożona przez MEDIA GROUP nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący, przywołał szereg orzeczeń, w tym wyrok Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16, wyrok KIO z dnia 8 września 2015 r., sygn. akt: KIO 1826/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13, wyroku z dnia 7 listopada 2017 r. sygn. akt: KIO 2221 /17, wyrok KIO z dnia 6 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2212/17 i zwrócił uwagę na charakter samych wyjaśnień i ciężar dowodu spoczywający na wykonawcy, który został wezwany do ich złożenia, oraz to, że Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciężące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez MEDIA GROUP uznając, że wykonawca wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający powinien szczególnie skrupulatnie zbadać wyjaśnienia wykonawcy, ocenić na ile przedstawione uzasadnienie potwierdza rynkowy charakter oferty, czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Jedynie rzetelne badanie takich wyjaśnień, a nie poprzestanie na akceptacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Nie chodzi bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską ceną. Prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień powinna uwzględniać zgodność oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczność wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny być wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i

szczegółowe, odnosić się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez MEDIA GROUP nie ma charakteru realnego, nie jest ceną rynkową i nie pozwala na należyte wykonanie umowy. Zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone przez MEDIA GROUP wyjaśnienia przyjmując, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Cena zaoferowana przez MEDIA GROUP odbiega w sposób znaczący zarówno od ceny zaoferowanej przez Odwołującego, która jest na drugim miejscu w rankingu cenowym, od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, jak i od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Różnica ta wyniosła odpowiednio 66%, 62% i 8%. W związku z powyższym Zamawiający zobowiązany był wystosować do MEDIA GROUP wezwanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie udostępnił Wykonawcy korespondencji postępowania, natomiast biorąc pod uwagę ww. różnice cenowe oraz mając na uwadze fakt, że wezwanie w trybie art. 90 ustawy Pzp zostało skierowane do Odwołującego, który zaoferował wyższą cenę niż MEDIA GROUP, Zamawiający z pewnością badał pod tym kątem również ofertę ww. podmiotu. Odwołujący nie ma dostępu do ww. wyjaśnień oraz treści wezwania w związku z zaniechaniem ich udostępnienia przez Zamawiającego natomiast w przypadku, gdy wyjaśnienia są ogólnikowe, niepoparte dowodami lub nieodpowiadające na wystosowane wezwanie powinny być uznane za niewystarczające w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ogólnikowość złożonych wyjaśnień czy brak złożenia dowodów nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że MEDIA GROUP najprawdopodobniej w sposób nieprawidłowy oszacowała wysokość wynagrodzenia w zakresie Załącznika nr 1e VOD (zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa) poz. 1 - YouTube. Z tabeli przekazanej Odwołującemu przez Zamawiającego w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wynika jaki może być średni rabat udzielony przez MEDIA GROUP w ww. zakresie. Powyższe działanie jest możliwe na podstawie wzoru matematycznego, za pomocą którego obliczana była punktacja w ramach kryteriów oceny ofert, tj. jako stosunek oferty najtańszej w tym zakresie do oferty badanej. W ramach kampanii VOD Zamawiający wymagał uwzględnienia podanego przez niego zakresu w odniesieniu do podanego wydawcy/ dostawcy, tj. Google Ireland Limited, Interia.pl, Onet.p, POLSAT MEDIA, TVN, TVP, WP oraz rodzaju nośnika – odpowiednio: youtube.pl, wszystkie serwisy, wszystkie serwisy, ipla.pl, player.pl, vod.tvp.pl, pilot.wp.pl , a także pod szacowanego budżetu Zamawiającego dla poszczególnych ww. pozycji, na poziomie odpowiednio: 110 700,00 zł, 49 200,00 zł, 49 200,00 zł, 49 200,00 zł, 36 900,00 zł, 18 450,00

zł, 18 450,00 zł. Zgodnie z Załącznikiem nr 1e wykonawcy zobowiązani byli wskazać udzielony od ww. kwot rabat oraz szacowaną wartość realizacji po rabacie. Odwołujący mając na uwadze wzór wskazany w SIWZ do obliczenia punktacji w kryterium VOD (pkt 13.1 SIWZ kryterium 5) wyliczył, że MEDIA GROUP za realizację wszystkich zadań w tym zakresie zaproponował cenę w wysokości 25 880, 94 zł brutto. Nawet w skrajnym przypadku gdyby MEDIA GROUP zaoferowało 0 zł za realizację kampanii VOD na interia.pl, onet.pl, ipla.pl, player.pl, vod.tvp.pl, pilot.wp.pl i pozostałych kwota za kampanię w serwisie YouTube powinna być co najmniej równa kwocie 110 700,00 zł brutto tj. równej budżetowi kampanii realizowanej na YouTube zaplanowanym przez Zamawiającego. W zakresie bowiem nośnika YouTube nie jest możliwe wedle wiedzy Odwołującego zaoferowanie rabatu, w szczególności takiego rabatu jak wynika z działań matematycznych, na podstawie których została obliczona cena za VOD zaproponowana przez MEDIA GROUP. W przytoczonym skrajnym przykładzie MEDIA GROUP musiałby zaoferować rabat 76,62% za działania na powierzchni Youtube. Można przypuszczać, że MEDIA GROUP zaoferowało rabaty niższe niż 100% na pozostałych powierzchniach platform VOD, dlatego rabat zaoferowany przez MEDIA GROUP na Youtube jest wyższy niż 76,62%. Stawka za przeprowadzenie kampanii za pomocą tego nośnika jest ustalana automatycznie i nie podlega rabatom. Tym samym, w przypadku zaoferowania przez MEDIA GROUP jakiegokolwiek rabatu w ww. zakresie należy uznać, że oferta tego wykonawcy jest zaniżona. Zgodnie z pouczeniami zawartymi w pkt 13.1 SIWZ (str. 19) "Wskazana przez Wykonawcę Szacunkowa wartość realizacji przedmiotu zamówienia ma zastosowanie do dokonania oceny ofert i nie będzie stanowiła maksymalnego łącznego wynagrodzenia z tytułu wykonania Umowy Ramowej. Do obliczania należnego Wykonawcy wynagrodzenia z tytułu wykonania Zamówień Wykonawczych udzielonych na podstawie Umowy Ramowej będą natomiast wiążące określone procentowo wysokości Gwarantowanych minimalnych rabatów, które będą automatycznie obliczone na podstawie wskazanych przez Wykonawcę Szacunkowych wartości realizacji przedmiotu zamówienia (po rabacie, brutto) w Załącznikach nr 1a, 1b, 1ca, 1d oraz 1e. Do obliczania należnego Wykonawcy wynagrodzenia z tytułu wykonania Zamówień Wykonawczych udzielonych na podstawie Umowy Ramowej będą również wiążące Ceny realizacji przedmiotu zamówienia netto wskazane przez Wykonawcę w Załącznikach nr 1cb, 1f oraz 1g." Nie jest również zasadne ewentualne wyjaśnienie przez MEDIA GROUP, iż rabat zostanie pokryty przez ten podmiot od wydatków w portalach lub stacjach (tzw. prowizja dodatkowa AVB/Kick Back). Należy wskazać sposób wpływu prowizji na wysokość rabatu. Przykładowo, podstawowy rabat na nośnik onet.pl wynosi 92%, natomiast prowizja maksymalna wynosi 15%. W związku z tym rabat ostateczny na jaki może wynosić 93,2%, a wynika to z następującego mechanizmu na przykładzie ceny cennikowej wynoszącej 100 zł brutto: agencja posiadająca rabat 92% zapłaci za emisję 8 zł netto, po czym na koniec roku

otrzyma prowizję roczną w wysokości 15% od 8zł według wzoru będzie ona wynosić 1,2 zł ( $x=8*15\%=1,2$ ), tym samym ostateczna kwota jaką zapłaci agencja za realizację kampanii o wartości cennikowej 100 zł będzie wynosić 6,8 zł tj. zakup z rabatem 93,2% (wyliczone z wzoru  $x = 100\% - (6,8\text{zł kwota ostateczna zakupu z uwzględnieniem prowizji rocznej od medium za wydatki/ } 100 \text{ zł cena cennikowa) = 93,2\%$ ). Jak wynika z powyższego przykładu powoływanie się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na prowizję od dostawców mediów byłoby bezpodstawne w sytuacji tak nierealnego rabatu zaoferowanego na serwis YouTube, gdyż wpływ prowizji rocznej na cenę nie wpływa diametralnie na zmianę rabatu oferowanego przez dostawcę agencji. Zgodnie z Załącznikiem nr 1e, rabaty powinny być podane "z uwzględnieniem wszystkich kosztów Wykonawcy wraz z prowizją w trakcie trwania Umowy Ramowej". Rabat powinien być jednak skalkulowany w sposób rzetelny - wysokość rabatu zaoferowanego przez MEDIA GROUP wskazuje, że nie pokryje on kosztów wykonania usługi nawet przy uwzględnieniu dodatkowej prowizji, którą agencja otrzyma w ramach wykonania umowy. MEDIA GROUP w odpowiedzi na uzasadnienie rażąco niskiej ceny winna zaprezentować realny rabat, na jaki może liczyć od dostawcy mediów wraz z wysokością prowizji oraz wyliczony rabat ostateczny. W przypadku gdyby MEDIA GROUP powoływała się na zakup reklamy w modelu Programmatic RTB dla mediów opisanych w Załączniku 1e VOD, należy wskazać, że jak wynika z dokumentacji przetargowej zakup Programmatic został ujęty w oddzielnej pozycji znajdującej się w załączniku nr 1cb Internet B lp. 4 „Działania programmatic prowadzone w ramach danej kampanii”. Tym samym, ewentualne powoływanie się na zakup za pośrednictwem innej platformy i modelu zakupu byłoby nieprawidłowe i niezgodne z treścią SIWZ. Rabat przysługuje od cen cennikowych publikowanych przez dostawców na podanych w odwołaniu stronach internetowych. Od każdej zaprezentowanej formy reklamowej prezentowanej w w/w cennikach przysługuje rabat wskazany przez wykonawców w ofercie. Youtube nie posiada rabatu a cena jest ustalana dynamicznie, dlatego nie ma możliwości zaprezentowania rabatu na jego powierzchni. Odwołujący został wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny w zakresie VOD w związku z tym, z dużym prawdopodobieństwem również MEDIA GROUP musiała udzielić wyjaśnień w ww. zakresie. Odwołujący nie może odnieść się bezpośrednio do treści wyjaśnień, jednak biorąc pod uwagę powyższe wątpliwości MEDIA GROUP powinien był w nich udowodnić realność zaproponowanego rabatu, tj. przedstawić dowody od dostawców mediów, że otrzyma taki sam lub wyższy (w celu wykazania zysku) rabat niż podany w treści formularza. Biorąc pod uwagę fakt, że cena w tym zakresie stanowiła kryterium oceny ofert powyższe wypełnia również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk "Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta." Stosownie natomiast do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie

innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez "sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców,". Skoro wykonawcy w ramach kryterium zobowiązani byli zaoferować rabat z uwzględnieniem wszystkich kosztów wraz z prowizją w trakcie trwania Umowy Ramowej, a w przypadku YouTube nie jest możliwe udzielenie rabatu, natomiast prowizja nie pokryje ewentualnej straty w tym obszarze, to nie ulega wątpliwości, że MEDIA GROUP zaoferowało w tym zakresie cenę poniżej kosztów realizacji usługi - tj. kampanii z użyciem nośnika Youtube. Z obliczeń Odwołującego wynika, że również cena i rabat zaoferowane za wykonanie kampanii w kinie są zdecydowanie zaniżone (pkt 13.1 SIWZ Kryterium 8). Z zastosowania tej samej metodologii obliczeń, co w przypadku VOD i YouTube, wynika, że MEDIA GROUP zaoferował w tym zakresie cenę w wysokości 1 104,34 zł brutto. Kwota ta jest niewystarczająca na przeprowadzenie kampanii. Należy wskazać, że kina pobierają opłatę za przygotowanie spotów do emisji, która powinna być skalkulowana w cenę zaoferowaną Zamawiającemu. Kina są w stanie przyjąć spoty przygotowane przez agencję kreatywną zgodnie ze specyfikacją techniczną, jednakże w przypadku CinemaCity warunkiem koniecznym jest przygotowanie techniczne spotów przez ww. dostawcę mediów, co wedle wiedzy Odwołującego wiąże się z kosztem na poziomie 6 500 zł netto. Wskazana kwota znacząco przewyższa wartość oferowaną za wszystkie kina złożoną w załączniku 1g Kina przez MEDIA GROUP. Tym samym wskazujemy że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp (rażąco niska cena), jak również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp (złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia).

W ocenie Odwołującego najprawdopodobniej zaniżone zostały również rabaty zaoferowane przez MEDIA GROUP w zakresie kampanii w: TV (pkt 13.1 SIWZ Kryterium 1) oraz Internet A (pkt 13.1 SIWZ Kryterium 3) - z obliczeń Odwołującego na podstawie tabeli z punktacją dołączonej do zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wynika, że średni rabat udzielony przez MEDIA GROUP na wszystkie stacje TV wynosi 83,31%. Realność zaoferowanego poziomu rabatu powinna zostać wykazana w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny za pomocą stosownych ofert handlowych/ potwierdzeń od dostawców mediów. Brak potwierdzeń w ww. zakresie wskazuje, że cena zaoferowana za kampanie w TV jest niedoszacowana. Z obliczeń Odwołującego wynika, że średni rabat zaoferowany w ramach tego zakresu kampanii przez MEDIA GROUP wynosi 95,54%, co przekłada się na zaoferowaną cenę w wysokości 104 258,02 zł. Odwołujący nie ma wglądu do szczegółowych rabatów zaoferowanych przez ww. wykonawcę na poszczególne serwisy wyszczególnione w ramach zakresu Internet A, jednak wyliczony średni poziom rabatu wskazuje, że cena za kampanie w ramach poszczególnych mediów (w tym onet.pl, Interia.pl, wp.pl, Gazeta.pl)

została niedoszacowana. Uzyskanie tak wysokiego rabatu (tj. wyższego niż standardowo udzielany przez dostawców mediów) powinno zostać wykazane przez MEDIA GROUP ofertami handlowymi lub potwierdzeniami możliwości uzyskania szczególnych warunków realizacyjnych. W przypadku, gdy MEDIA GROUP zaniechał przedstawienia dowodów potwierdzających realność zakładanych rabatów, oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę oraz stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji.

W podsumowaniu zarzutów ewentualnych, Odwołujący stwierdził, że w świetle powyższego nie może budzić wątpliwości fakt, że oferta MEDIA GROUP podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jak również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia oferty MEDIA GROUP oraz załączników do protokołu postępowania, Odwołujący wskazał m.in., że w dniu 24 kwietnia 2020 r. wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty MEDIA GROUP oraz w dniu 21 lipca 2020 r. korespondencji prowadzonej z ww. wykonawcą. W dniu 24 lipca 2020 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu jawne załączniki do oferty MEDIA GROUP. Odnośnie wniosku o udostępnienie korespondencji Zamawiający w informacji mailowej skierowanej do Odwołującego wskazał, że dokumenty w tym zakresie są udostępniane dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, a w kolejnej informacji stwierdził, że dokumentacja w pozostałym zakresie zostanie przekazana po uzyskaniu opinii z działu prawnego. Do chwili wniesienia odwołania żaden dokument poza częścią oferty MEDIA GROUP nie został Odwołującemu udostępniony. Odwołujący stwierdził, że działania Zamawiającego są nieprawidłowe i utrudniają wykonawcy weryfikację prawidłowości czynności podejmowanych w postępowaniu.

W związku z tym, że w aukcji elektronicznej mogą brać udział wyłącznie oferty niepodlegające odrzuceniu ALL4AFFILIATE wystąpił o udostępnienie dokumentacji pozwalającej na zweryfikowanie czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że Zamawiający zakończył badanie ofert pod kątem ich ewentualnego odrzucenia, co wynika wprost z art. 91 b ust. 1 Pzp. Tym samym, Zamawiający ma obowiązek udostępnić na żądanie wykonawcy dokumentację postępowania, tak żeby umożliwić wykonywanie uprawnień związanych z wnoszeniem środków ochrony prawnej. Nie jest zasadne twierdzenie Zamawiającego, że korespondencja prowadzona z MEDIA GROUP podlega udostępnieniu dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Biorąc pod uwagę fakt, że niniejsze postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem aukcji elektronicznej, Zamawiający powinien udostępnić objęte wnioskiem Odwołującego dokumenty. Od dnia zaproszenia do złożenia oferty wykonawcom będą

zawite terminy na wnoszenie odwołań wobec ww. czynności i w związku z tym, Zamawiający powinien to uwzględnić w sposobie prowadzenia postępowania. Działania Zamawiającego nie powinny utrudniać wykonawcom możliwości skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Pismem z dnia 21 września 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu Zamawiający odniósł się do poszczególnych zarzutów odwołania, akcentując w kilku miejscach, że Odwołujący również dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do części oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba dopuściła w poczet dowodów dokumentację postępowania przedłożoną przez Zamawiającego oraz dowody złożone przez uczestników postępowania.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone w postępowaniu oferty i poczynione przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., iż jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z przekazanym przez Zamawiającego Zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej, oferta złożona przez Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta złożona przez Media Group zostałaby odrzucona. Tym samym, oferta ta nie powinna brać udziału w aukcji elektronicznej. W wyniku niezgodnych z przepisami ustawy działań Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na niezyskaniu zamówienia publicznego, a tym samym posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, jego szanse na udzielenie zamówienia mogłyby ulec zwiększeniu.



Pismem z dnia 29 lipca 2020 r. wykonawca Media Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (w treści także: „Przystępujący”), wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 21 września 2020 r. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie wywodząc, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Stosownie do rozdziału II Opisu przedmiotu umowy ramowej, przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej obsługi w zakresie planowania, zakupu czasu antenowego i powierzchni w mediach (telewizja, prasa, radio, outdoor, Internet, kino, inne) oraz wsparcie Zamawiającego w efektywnej realizacji kampanii reklamowych i działań PR w mediach. W ramach świadczonej obsługi kompleksowej wykonawca będzie zobowiązany do wykonywania usług (zadań) dostosowanych do aktualnie prowadzonych przez Zamawiającego działań i kampanii we wskazanym zakresie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie pierwszego zarzutu tj. naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) z uwagi na zaniechanie Zamawiającego ujawnienia treści oferty w zakresie formularza/tabeli warunków zakupowych zał. 1a - 1j oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, pomimo nieskutecznego zastrzeżenia przez tego wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z tym zarzuty ewentualne postawione w tym punkcie odwołania, po ww. zarzucie, na wypadek uznania przez Izbę, że zarzut ten podlega oddaleniu, nie podlegały rozpatrzeniu przez Izbę.

Art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowią: *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.*

Zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze i drugie ustawy Pzp, *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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.*

Stosownie do art. 11 ust. 2 uznk *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.*

Powyższe oznacza, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,
- informacje te 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
- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Ciężar wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zauważenia przy tym wymaga, że dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do określonych informacji nie wystarczy wskazanie na ich charakter, lecz konieczne jest także wykazanie, że wykonawca podjął działania, które zapewniają ochronę tych informacji przed ujawnieniem. Dopóki bowiem wykonawca, nie podejmie odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności, a następnie nie wykaże, że działania takie zostały przez niego podjęte, nie jest spełniony konieczny warunek dla przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy uznk.

Nawet w sytuacji, gdy dane informacje, co do zasady mogą podlegać utajnieniu, wykonawca decydujący się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie jedną z podstawowych zasad jest zasada jawności, nie jest zwolniony od wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, tj. wykazania spełnienia wszystkich warunków przewidzianych dla takich informacji, w tym co decyduje, że np. posiadają wartość gospodarczą i jakie działania zostały przez niego podjęte w celu ochrony zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich, przy czym wykonawca powinien wraz z zastrzeżeniem tajemnicy, przedstawić, dostępne dla siebie dowody potwierdzające okoliczności, na jakie się powołuje, np. Praktyki bezpieczeństwa.

Obowiązkowi wykonawcy wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiada obowiązek Zamawiającego rzetelnego przeanalizowania takiego zastrzeżenia informacji, a w razie stwierdzenia, iż nie spełnia wymogów w tym zakresie, Zamawiający jest obowiązany odtajnić te informacje (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Zastrzeżenie w poufności informacji jako wyjątek od jednej z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady jawności postępowania określonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, nie może być interpretowany rozszerzająco. Przepis uprawniający wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przy jednoczesnym nałożeniu obowiązku wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, służy ograniczeniu nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji ich ofert przez konkurentów.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca MEDIA GROUP zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkie formularz/tabele warunków zakupowych oraz formularze cenowe stanowiące załączniki 1a, 1b, 1,c, 1d, 1,e,1f, 1h, 1i, 1j do Specyfikacji istotnych warunków umowy ramowej (dalej: „SIWUR”) oraz złożone wyjaśnienia w zakresie ceny, zarówno podstawowe jak i uzupełniające. Do żadnego z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały załączone dowody, w szczególności potwierdzające podjęcie przez wykonawcę działań w celu ochrony tych informacji przed dostępem osób trzecich.

W ocenie Izby złożone przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie części oferty, jak też wyjaśnień złożonych w zakresie ceny nie spełnia wymogów określonych w art. 11 ust. 2 uznk. W związku z tym, Zamawiający niezasadnie zaniechał czynności odtajnienia tych informacji.

Jeśli chodzi o uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie ww. części oferty, zwraca uwagę ich ogólnikowy charakter. Wykonawca ograniczył się do ogólnych twierdzeń, niezawierających indywidualnego powiązania z zastrzeganyymi materiałami, co jest niewystarczające do przyjęcia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący wskazał m.in., że informacje zawarte w ofercie mają charakter organizacyjny, bowiem opisują precyzyjnie sposób, w jaki kalkuluje ceny oraz w jaki sposób przygotowuje autorskie oferty, podczas, gdy w zastrzeżonej części oferty nie ma takich opisów. Zawiera ona uzupełnione, przygotowane przez Zamawiającego, tabele w pozycjach dotyczących np. szacunkowej wartości realizacji przedmiotu zamówienia (po rabacie, brutto) oraz gwarantowany minimalny rabat podany w procentach, czy np. tylko ceny lub koszty. Wbrew twierdzeniom Przystępującego podanym w uzasadnieniu, nie ma tam opisu sposobu realizacji tego typu przedsięwzięć.

Uzasadnienie zawiera także ogólne wskazanie na know-how i, z przywołaniem fragmentów orzecznictwa Izby, okoliczność, iż informacje stanowiące know-how wykonawcy mogą być przedmiotem zastrzeżeń jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże

nie zostało wykazane, dlaczego podane przez Przystępującego w tabelach wielkości stanowią know-how tego wykonawcy.

Jak wynika ze stanowiska Odwołującego przedstawionego w odwołaniu, utrzymanie zastrzeżenia informacji w Formularzu/Tabeli warunków zakupowych zał. 1 a-1 j jest bezprzedmiotowe, gdyż Zamawiający wraz z zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej przekazał wykonawcom tabelę z punktacją w ramach każdego z podkryteriów zawartych w ww. formularzu. Kryteria zostały szczegółowo opisane w pkt 13.1 SIWZ i sposób obliczenia punktacji polega m.in. na obliczeniu proporcji ceny zaoferowanej w ofercie badanej do ceny najtańszej. W związku z tym możliwe jest wyliczenie średniego rabatu zaoferowanego przez MEDIA GROUP w ramach każdej z poszczególnych grup podlegających wycenie - kampania w TV, Radio, Internet A, Internet B, Praca, VOD, OOH, Kino, Product placement, Projekty specjalne. Możliwe jest w ten sposób wyliczenie średniego rabatu zaoferowanego na całą grupę, a nie za poszczególne serwisy/ media wchodzące w zakres kampanii, znany jest ogólny poziom możliwego do uzyskania rabatu. Zamawiający nie zaprzeczył takiemu stwierdzeniu, a jedynie potwierdził, że nie jest możliwe ustalenie w ten sposób konkretnej wysokości poszczególnych rabatów, nie przedstawiając przy tym argumentacji w przedmiotowym zakresie, tj. dlaczego średni rabat zaoferowany na daną grupę nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, ale poszczególne rabaty już tak. Zamawiający wskazał wprawdzie, że informacja o wysokości rabatu jest bardzo cenna dla Odwołującego, który będzie miał, w razie poznania w tym zakresie informacji przedstawionych przez Przystępującego, argument w rozmowach z dostawcami, jednakże pominął w tym zakresie stanowisko prezentowane w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny przez Przystępującego, że zaoferowany rabat nie musi wprost odpowiadać rabatowi udzielonemu przez dostawcę, bowiem jest to rabat udzielany przez wykonawcę.

Odnosząc się do trzeciej z przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, Przystępujący podał, że podjął działania niezbędne do zachowania poufności informacji zawartych w ofercie, polegające na wprowadzeniu wewnętrznych procedur dotyczących obiegu informacji i przedstawił informacje, co do tego, że np. pracownicy muszą znać klasyfikację informacji spółki, które tworzą i do których mają dostęp, środki ostrożności w zakresie bezpieczeństwa, które dotyczą informacji, jednak nie przedłożył na te okoliczności żadnego dowodu.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że ogólnikowego zapewnienia o wąskim gronie osób, który ma dostęp do informacji i o istnieniu klauzul poufności, nie może uznać wystarczającą podstawę do utrzymania zastrzeżenia, w sytuacji, gdy Wykonawca nie przedstawił w tym zakresie dokumentów potwierdzających takie twierdzenia, mimo iż w sytuacji, gdy powołuje się na istnienie wewnętrznych procedur czy obowiązujących klauzul,

należałoby oczekiwać przedłożenia odpowiednich dowodów, jako będących w jego posiadaniu. Przystępujący natomiast nie przedstawił wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa dostępnych dla siebie dowodów potwierdzających okoliczności, na jakie się powołuje. Złożona dopiero na rozprawie przed KIO Polityka klasyfikacji poufności informacji jest dokumentem złożonym ze zwłoką. To bowiem na podstawie złożonego uzasadnienia zastrzeżenia oraz dowodów potwierdzających wskazane w tym uzasadnieniu okoliczności, Zamawiający dokonuje oceny skuteczności zastrzeżenia i podejmuje decyzję w przedmiocie ich ujawnienia lub utrzymania w poufności. Czynność ta jest przedmiotem oceny KIO. Izba bada bowiem zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp.

Nadto zwrócenia uwagi wymaga, iż treść złożonego na rozprawie przez MEDIA GROUP dokumentu: *Polityka klasyfikacji poufności informacji*, wskazuje, że jest to opracowanie, które wprowadza następującą klasyfikację informacji objętych tą procedurą: „1. Tajemnica Przedsiębiorstwa 2. Poufne 3. Do użytku wewnętrznego 4. Nieobjęte procedurą”. Tymczasem w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co do części oferty Przystępujący wskazuje na ochronę poufnych informacji spółki, które są w ww. dokumencie opisane odrębnie od informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Opis w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do uznk i zawiera stwierdzenie, że pracownik jest zobowiązany do ustalenia czy dana informacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o ww. przepisy i do nadania jej odpowiedniej klauzuli według klasyfikacji.

Ww. *Polityka klasyfikacji poufności informacji* zawiera m.in. uregulowania w odniesieniu do szczególnych zasad ofertowania. Wynika z niej, że każdy dokument przygotowywany w związku z opracowywaną ofertą musi być objęty odpowiednią klauzulą poufności. Użycie terminu „odpowiednią” oznacza, że może to być jedna z ww. informacji, a zatem niekoniecznie musi to być klauzula tajemnicy przedsiębiorstwa.

Powyższe wskazuje, że w sytuacji, gdy zostałaby nadana, zgodnie z obowiązującymi w spółce zasadami, zastrzegany przez MEDIA GROUP informacjom, odpowiednia klauzula, nie powinno być problemem dla Przystępującego wykazanie, że dane informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Analiza powyższego dokumentu potwierdza, że Zamawiający nie powinien zadowolić się ogólnikowym opisem zasad ochrony informacji, bez powiązania z konkretnymi zastrzeganyimi informacjami, i bez wykazania, że co do nich podjęto działania w celu ochrony przed dostępem osób trzecich, w tym że zostały opatrzone ściśle określoną klauzulą wymienioną w dokumencie, tj. wskazującą na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego dotyczących elementów mających wpływ na

wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, również nie spełnia wymogów wykazania ich skuteczności. Zwraca uwagę ogólnikowość uzasadnienia. Zasadniczą jego część zajmują fragmenty przytoczonego orzecznictwa Izby z zakresu sposobu rozumienia rażąco niskiej ceny, w tym odnoszące się do możliwości uznania rozwiązań dotyczących kalkulacji ceny, czy know-how wykonawcy, jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także fragmenty wzoru umowy opracowanego przez Zamawiającego. Powyższe nie jest kwestią sporną, jak też nie jest sporne, że możliwe są strategie cenowe poszczególnych wykonawców, uzasadniające zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Sama taka możliwość nie przesądza jednak o skutecznym zastrzeżeniu przez wykonawcę tajemnicy jego przedsiębiorstwa. Jak wyżej wskazano konieczne jest bowiem łączne spełnienie warunków dla uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym podjęcie działań w celu ich ochrony przed dostępem osób trzecich, a w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, także wykazanie spełnienia tych warunków zamawiającemu. Zaniedbania wykonawcy w tym zakresie skutkują bowiem obowiązkiem odtajnienia przez zamawiającego takich informacji.

Ponadto sama treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego zawiera m.in. elementy, które są ogólnie dostępne, przy czym nie chodzi w tym zakresie jedynie np. o nagłówki, jak zasugerował w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający. Tymczasem zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje spełniające warunki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, co do których przedsiębiorca podjął działania zmierzające do ich ochrony przed nieuprawnionym dostępem, a nie całe dokumenty, także w tej części, w której nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. przepisów.

Przystępujący jest profesjonalistą, wobec którego stosownie do art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego stosowany jest podwyższony miernik staranności. Oznacza to, że musi wiedzieć, że ogólnikowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bez wykazania, że określone informacje spełniają warunki wymagane dla stwierdzenia, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorcy tego wykonawcy, w tym bez przedstawienia dostępnych mu dowodów, zwłaszcza na okoliczność podjęcia przez niego działań w zakresie ochrony tych informacji, nie jest skutecznym zastrzeżeniem w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko zaprezentowane w ww. wyrokach Izby przedstawionych przez Odwołującego oraz wyraża pogląd, że użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek nie tylko jako przedstawienie pełnej argumentacji, ale też „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter, przy wykorzystaniu dostępnych

wykonawcy środków dowodowych. Wszelkie odstępstwa od zasady jawności powinny być bowiem wykazane, co należy rozumieć, jako nie tylko uzasadnione, ale też, w przypadku, gdy rodzaj informacji na to pozwala, udowodnione. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, na dokonywanie zastrzeżeń informacji zawartych w ofertach, bez konieczności podjęcia uprzednich konkretnych działań zapewniających zachowanie ich poufności, co mogłoby prowadzić do złamania kolejnych zasad postępowania o dzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby Przystępujący nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek dla uznania danych informacji za tajemnicę jego przedsiębiorstwa, określonych w art. 11 ust. 2 uznk. W związku z tym Zamawiający akceptując takie zastrzeżenie, naruszył ww. przepisy ustawy Pzp. Naruszenie tych przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym odwołanie w ww. zakresie zostało uwzględnione przez Izbę.

Odwołanie podlega oddaleniu w zakresie drugiego zarzutu tj. zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z §4 ust. 5 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu załączników do protokołu postępowania w szczególności w postaci korespondencji prowadzonej z wykonawcą MEDIA GROUP (wezwania do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz odpowiedzi udzielonej przez ww. wykonawcę oraz innych dokumentów jeżeli były składane w toku postępowania).

*Stosownie do art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

Korespondencja z Przystępującym, w tym w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny zalicza się do załączników do protokołu, a skoro tak, to stosownie do art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, będzie udostępniona po wyborze oferty, co jasno wynika z tego przepisu.. W ocenie Izby okoliczność, iż w postępowaniu została zastosowana aukcja elektroniczna, a wobec czynności zaproszenia do tej aukcji wykonawca może skorzystać ze środków ochrony prawnej, nie wpływa na zmianę sposobu rozumienia ww. przepisu. Po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawca w takim przypadku nie jest pozbawiony możliwości

skorzystania ze środków ochrony prawnej, a zatem brak znajomości tych załączników, na wcześniejszym etapie postępowania, nie pozbawia go prawa do weryfikacji czynności zamawiającego w postaci oceny ofert.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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). Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego o zasądzenie wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze złożoną fakturą w wysokości wynikającej z ww. rozporządzeniem tj. w kwocie 3 600 zł 00 gr.

**Przewodniczący:** .....