**Sygn. akt: KIO 54/16**

**WYROK**
**z dnia 28 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2016r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2016 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego sp. z o.o. w Głogowie (67-200), ul. Mickiewicza 63** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu (50 – 425), ul. Krakowska 28**

przy udziale wykonawcy: **Max Bögl Polska sp. z o.o. w Szczecinie (71-726), ul.** Światowida **6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego sp. z o.o. w Głogowie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego sp. z o.o. w Głogowie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego sp. z o.o. w Głogowie** na rzecz wnoszącego sprzeciw wykonawcy: **Max Bögl Polska sp. z o.o. w Szczecinie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), 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:** ……



---

**Sygn. akt: KIO 54/16**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „W *formie zaprojektuj / zoptymalizuj i wybuduj: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 323 na odcinku od m. Radoszyce w km ok. 38+580 do km ok. 41+892 wraz z budową obwodnicy m. Nieszczyce oraz rozbudowę i przebudowę drogi wojewódzkiej nr 323 na odcinku od km 41+892 do skrzyżowania dróg wojewódzkich 323 i 292 w km 46+863 w m. Studzionki wraz z budową obwodnicy m. Brodowice, w ramach zadania: Drogi dojazdowe do mostu na Odrze w m. Ciechanów na odcinku Lubin, Głogów-Ciechanów."* zostało wszczęte przez Dolnośląska Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 21 stycznia 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane

w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 137-251603) w dniu 18 lipca 2015 r.

W dniu 18 stycznia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego sp. z o.o. w Głogowie, zwanego dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę: Max Bögl Polska sp. z o.o. w Szczecinie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu: „naruszenie *art. 8 ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503. ze zm.), poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty złożonej przez wykonawcę Max Bögl Polska Sp. z o.o., pomimo, że wykonawca ten nie wykazał, iż dane tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa".*

Uzasadniając tak sformułowany zarzut, Odwołujący stał na stanowisku, że Zamawiający odmówił mu wglądu do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę: Max Bögl Polska sp. z o.o. w Szczecinie tylko i wyłącznie w oparciu o pismo tegoż wykonawcy z dnia 18 grudnia 2015 r. o sygn. MB/WR/ET/2169/2015, w którym to piśmie zawarte zostało samo tylko zastrzeżenie

---

tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie przedstawiono żadnego uzasadnienia takiej decyzji, co Zamawiającego zwalniało, zdaniem Odwołującego, z konieczności zachowania w poufności zastrzeżonych informacji.

Nadto Zamawiający, w ocenie Odwołującego, udostępniając mu do wglądu dokumenty dopiero w dniu 14 stycznia 2016 r. naruszył *„§ 5 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. Nr 223, poz. 1458 ze zm.), który nakazuje zamawiającemu niezwłoczne udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami i w istotny sposób utrudnił Odwołującemu wniesienie przysługującego mu* środka *ochrony prawnej".*

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach ujawnienia wyjaśnień udzielonych na wezwanie Zamawiającego przez Max Bögl Polska sp. z o.o. w Szczecinie dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W dniu 20 stycznia 2016 r. wykonawca: Max Bögl Polska sp. z o.o. w Szczecinie, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 26 stycznia 2016 r. Zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izby wykluczyła w odniesieniu do rozpoznawanego odwołania to, aby wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystępujący, w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron, oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.



---

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone przez niego za zgodność z oryginałem, a także te, które zostały zawarte w aktach sprawy KIO 2483/15. W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący i Przystępujący zgodnie oświadczyli, że nie wnoszą o rozszerzenie tak ustalonego materiału dowodowego, co pozwoliło Izbie uznać, że zgłoszony w odwołaniu wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka nie był popierany przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą, a zatem stracił on swą aktualność.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający, realizując orzeczenie Izby wydane w sprawie KIO 2483/15, pismem z dnia 15 grudnia 2015 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 18 grudnia 2015 r., o sygn. MB/WR/ET/2169/2015, Przystępujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego. Zawarta została w nim informacja o złożeniu w załączeniu do powołanego pisma, kolejnego pisma, o sygn. MB/WR/ET/2170/2015, wraz z załącznikami, mającego zawierać stosowne wyjaśnienia, które ze względu na zawartość w całości zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W piśmie MB/WR/ET/2170/2015, na stronach od pierwszej do szóstej, zawarte zostało uzasadnienie objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa tegoż pisma, na dalszych zaś stronach Przystępujący udzielił wyjaśnień odnoszących się do zaoferowanej przez niego ceny.

Pismem z dnia 7 stycznia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o uznaniu oferty złożonej przez Przystępującego za najkorzystniejszą.

Pismem z dnia 7 stycznia 2016 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego „o *wgląd do oferty wraz z uzasadnieniem o rażąco niskiej cenie"* Przystępującego.

Pismem z dnia 12 stycznia 2016 r. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na wgląd do ofert na dzień 14 stycznia 2016 r. W tym też dniu pracownica Odwołującego stawiła się w siedzibie Zamawiającego i zgodnie z załączoną do odwołania, a sporządzoną przez nią, notatką nie udostępniono jej „całych *akt postępowania – w szczególności wyjaśnień*



*złożonych przez Max Bögl dotyczących rażąco niskiej ceny, tłumacząc to zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W udostępnionych aktach postępowania znajdowała się oferta oraz pismo Max Bögl z dnia 18.12.2015 r."* – jak wynika to z uzasadnienia odwołania było to pismo z dnia 18 grudnia 2015 r. o sygn. MB/WR/ET/2169/2015.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 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. Zasadnie zatem podnosił Odwołujący, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym nie jest już wystarczającym samo tylko poczynienie przez wykonawcę zastrzeżenia objęcia taką tajemnicą informacji – koniecznym jest bowiem jeszcze wykazanie przez tegoż wykonawcę, że informacje te tajemnicę taką istotnie stanowią. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp koresponduje z przepisem art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W świetle tej definicji powszechnym jest przekonanie, że aby informacje mogły zostać uznane za podlegające ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkie okoliczności w tym przepisie przywołane spełnić muszą się w odniesieniu do nich łącznie, a zatem informacje te muszą być informacjami technicznymi, technologicznymi, lub innymi wartość organizacyjnymi przedsiębiorstwa informacjami posiadającymi nie być one ujawnione do publicznej, gospodarczą, mogą wiadomości a nadto przedsiębiorca musi podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.



Do wszystkich tych okoliczności odniósł się Przystępujący w piśmie o sygn. MB/WR/ET/2170/2015 zawierającym uzasadnienie objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ustawy Pzp, a także obejmującym same te wyjaśnienia. Tego też pisma, zgodnie z poczynionym przez Przystępującego zastrzeżeniem Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu. Słusznym zatem wydawało się poczynione przez Przystępującego spostrzeżenie, że Odwołujący oparł wniesione przez siebie odwołanie i postawione tam zarzuty na błędnym założeniu, że Przystępujący w ogóle nie przedstawił Zamawiającemu uzasadnienia dokonanego przez siebie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dostrzeżenia w tym kontekście wymaga to, że w odwołaniu, które (przez takie, a nie inne, sformułowanie w nim zarzutów przez Odwołującego, a w szczególności przez przywołanie okoliczności faktycznych, na których zostały oparte te zarzuty, które to okoliczności stanowią o istocie stawianego zarzutu) wytyczyło granice, w jakich Izba władna była zbadać to, czy działania i zaniechania Zamawiającego nie naruszają przepisów ustawy Pzp, brak było twierdzeń o zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia faktu objęcia wyjaśnień dotyczących ceny zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie sformułował nawet żadnego żądania w tym zakresie, i to nie tylko wobec Izby w samym odwołaniu, ale nawet wcześniej, w toku postępowania o udzielenie zamówienia wobec Zamawiającego. Przyjął on bowiem *a priori,* że Przystępujący takiego uzasadnienia w ogóle nie sporządził i nie złożył go Zamawiającemu. Formułowanie dopiero na etapie rozprawy przed Izbą twierdzeń, że Przystępujący nie był władny uznać za tajemnicę samego uzasadnienia poczynionego przez siebie zastrzeżenia, z czego wynikać miało to, że Zamawiający w tym zakresie nie powinien był tego zastrzeżenia respektować, uznane musiało zostać przez Izbę za działanie spóźnione – nie było bowiem objęte postawionymi w odwołaniu zarzutami, a tylko w tych granicach Izba jest władna, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznawać wniesione przez wykonawcę odwołanie.

Niezależenie od powyższego, szczególnie wobec faktu nie przywołania przez Odwołującego okoliczności przeciwnych, Izba uznała, że nie zostało wykazane to, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przez respektowanie poczynionego i uzasadnionego przez Przystępującego zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ustawy Pzp. W piśmie o sygn. MB/WR/ET/2170/2015 Przystępujący wskazał, jakie okoliczności jego zdaniem przemawiają za uznaniem informacji w tym piśmie zawartych za podlegające ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa – wyjaśnił on, co w jego ocenie, przemawia za tym, że informacjom tym przypisać można wartość gospodarczą, a nadto podnosił, że nie były

one ujawnione do wiadomości publicznej. Opisał on również jakie środki podjął w celu zachowania tych informacji w poufności, w tym m.in. wskazał na listę osób należących do kręgu tych, którym informacje te są znane, przedstawiając przy tym ich oświadczenia zobowiązujące je do zachowania poufności. W świetle twierdzeń sformułowanych w odwołaniu (Odwołujący ograniczył swą argumentację jedynie do kwestionowania istnienia uzasadnienia poczynionego przez Przystępującego zastrzeżenia), Izba nie znalazła podstaw do tego, aby ocenić tak przedstawione Zamawiającemu przez Przystępującego wyjaśnienia za niewiarygodne. Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W kontekście twierdzeń Odwołującego, zgodnie z którymi Zamawiający miał mu utrudnić wniesienie odwołania przez zaniechanie udostępnienia mu protokołu postępowania w sposób niezwłoczny, zauważenia wymaga to, że Odwołujący nie twierdził, aby Zamawiający przez swą ewentualną opieszałość uniemożliwił mu wniesienie odwołania, a miał mu on je jedynie utrudnić. Zgodnie z przepisem § 5 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. , Nr 223, poz. 1458) zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. Jak to zauważyła Izba w sprawie KIO 95/14 niezwłocznie „nie *oznacza natychmiastowo, ale w takim terminie, w jakim dokonanie tej czynności jest obiektywnie możliwe w normalnym toku prac komisji przetargowej i kierownika zamawiającego, albowiem pojęcie* «niezwłocznie» *nie oznacza natychmiast. Określenie* «niezwłocznie» *oznacza termin realny mający na względzie okoliczności danego miejsca i czasu".* Odwołujący, we wniesionym przez siebie odwołaniu, oprócz przywołania faktu udostępnienia mu do wglądu dokumentacji postępowania po 7 dniach od złożenia wniosku nie wskazał na żadne okoliczności, które miałby świadczyć o tym, że Zamawiający nie dokonał wnioskowanej przez niego czynności niezwłocznie, tj. w terminie realnym, mającym na względzie okoliczności danego miejsca i czasu. W szczególności zaś ze stanowiska Odwołującego nie wynika, aby z powodu ewentualnego uchybienia przez Zamawiającego terminowi wyznaczonemu przepisami powołanego rozporządzenia na udostępnienie mu akt, poniósł, czy choćby tylko mógł ponieść szkodę – Odwołujący zapoznał się bowiem z tymi dokumentami, co do których Zamawiający podjął decyzję, że jest władny mu je do wglądu udostępnić, a następnie, w oparciu o tak udostępnione mu dokumenty wniósł on rozpoznawane przez Izbę odwołanie.



---

Uwzględniając tak poczynione ustalenia i dokonane rozstrzygnięcia, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż wnoszący sprzeciw Przystępujący przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez wnoszącego sprzeciw Przystępującego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł).

**Przewodniczący:** ……