Sygn. akt: KIO 2088/25

WYROK

Warszawa, dnia 23 czerwca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
w dniu 26 maja 2025 roku przez wykonawcę ***P.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Garden Products.pl – P.G. z siedzibą w Kaliszu***
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ***Miasto Kalisz***
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy ***Spółdzielnia Socjalna „Zielony Kalisz" z siedziba w Kaliszu***

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia
19 maja 2025 roku tj. wyboru oferty wykonawcy *Spółdzielnia Socjalna „Zielony Kalisz" z siedziba w Kaliszu*jako najkorzystniejszej w zakresie Części II zamówienia – tereny określone w załączniku do SWZ pn. „Harmonogram utrzymania czystości
na terenie miasta Kalisza w Rejonie III", w postępowaniu o udzielnie zamówienie
na *Utrzymanie czystości na terenie miasta Kalisza w rejonie I i III.*
Nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i ofert, w tym udostępnienie w całości (wraz z załącznikami) przedstawionych przez wykonawcę *Spółdzielnia Socjalna „Zielony Kalisz" z siedziba w Kaliszu* wyjaśnień ceny oferty złożonych za pismem z dnia 7 maja 2025 roku w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do Części II zamówienia – tereny określone w załączniku do SWZ pn. „Harmonogram utrzymania czystości
na terenie miasta Kalisza w Rejonie III", w postępowaniu o udzielnie zamówienie
na *Utrzymanie czystości na terenie miasta Kalisza w rejonie I i III.*

*2.*Kosztami postępowania obciąża zamawiającego ***Miasto Kalisz*** *i:*

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez *wykonawcę* ***P.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Garden Products.pl – P.G. z siedzibą w Kaliszu*** tytułem wpisu od odwołania,
kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez *wykonawcę* ***P.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Garden Products.pl – P.G. z siedzibą w Kaliszu*** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2zasądza od zamawiającego ***Miasta Kalisz*** na rzecz *wykonawcę* ***P.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Garden Products.pl – P.G. z siedzibą w Kaliszu***kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez *wykonawcę* ***P.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Garden Products.pl – P.G. z siedzibą w Kaliszu*** stosowanie do wyniku postępowania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2088/25

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający *Miasto Kalisz*prowadzi postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą: *Utrzymanie czystości na terenie miasta Kalisza w rejonie I i III.*
Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320). Zamawiający przewidział wybór najkorzystniejszej oferty bez prowadzenia negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 wyżej wymienionej ustawy.

Izba ustaliła, że postępowanie o zamówienie prowadzone jest z podziałem na części,
a odwołanie dotyczy Części II zamówienia – tereny określone w załączniku do SWZ
pn. „Harmonogram utrzymania czystości na terenie miasta Kalisza w Rejonie III".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 kwietnia 2025 r. numer ogłoszenia: 2025/BZP 00196133/01

26 maja 2025 roku **Odwołujący** działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2, art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11

września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 oraz z 2025 r. poz. 620, dalej: ustawa / ustawa Pzp) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu oraz wobec zaniechania czynności
w Postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, w postaci:
1. uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do złożonych przez Spółdzielnię Socjalną „Zielony Kalisz" z siedzibą w Kaliszu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami;
2. zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez Spółdzielnię Socjalną „Zielony Kalisz" z siedzibą w Kaliszu;
3. wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie części II zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę Spółdzielnię Socjalną „Zielony Kalisz";
ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1
4. zaniechania odrzucenia oferty Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz" w zakresie części II zamówienia;
5. wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie części II zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę Spółdzielnię Socjalną „Zielony Kalisz".
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy i w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: *u.z.n.k.*), przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, pomimo że wykonawca Spółdzielnia Socjalna „Zielony Kalisz" nie wykazał skuteczności zastrzeżenia tych informacji;

ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i art. 16 pkt 1 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.1 i w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz", gdy wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę, albowiem cena zaproponowana przez wykonawcę jest niższa niż koszty wytworzenia usługi, ponadto tak obliczona i zaoferowana cena prowadzi do utrudniania dostępu innym przedsiębiorcom do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku.

Odwołujący wniósł o:
1. uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: a. unieważnienia czynności uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie określonym w piśmie Zamawiającego z dnia 9 maja 2025 r.;
b. odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Spółdzielnię Socjalną „Zielony Kalisz" z dnia 7 maja 2025 r. wraz z załącznikami i ujawnienia pełnej treści informacji zastrzeżonych tajemnicą przez wykonawcę, tj. informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz załączników do wyjaśnień; c. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia; d. dokonanie ponownej oceny i badania ofert;
ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1: e. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia; f. odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz" jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku
do przedmiotu zamówienia; g. dokonanie ponownej oceny i badania ofert;
2. przeprowadzenie dowodu z dokumentów:
a. formularza cenowego Spółdzielni w postępowaniu WGOŚ.2711.0001.2025,
b. statutu Spółdzielni,
c. zestawienie pomocy publicznej Spółdzielni,
d. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 13.01.2025 r., WGOŚ.27.11.0008.2024, wszystkich (lit. a. – d.) celem wykazania, że informacje, które Spółdzielnia Socjalna „Zielony Kalisz" pragnie zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa

nie spełniają przesłanek wynikających
z art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., oraz że Spółdzielnia nieskutecznie zastrzegła te informacje;
e. oferta ANBIL WGOŚ.2711.0008.2024,
f. dokument ZUS – informacja o absencji chorobowej,
g. Tabela nr 2 – zestawienie powierzchni zamiatania w Rejonie III,
h. oferta HAKO na zakup oraz najem pojazdu Citymaster 650,
i. harmonogram zimowego utrzymania w Rejonie III,
j. oferta najmu traktorów do odśnieżania,
k. faktury VAT dot. piasku i soli. wszystkich (lit. e. – k.) celem wykazania, że cena zaoferowana przez Spółdzielnię Socjalną „Zielony Kalisz" w cz. II Postępowania ma charakter ceny poniżej kosztów świadczenia usługi, jest to cena rażąco niska oraz dumpingowa;
3. zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem w wyniku działań Zamawiającego oferta Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz" została uznana za najkorzystniejszą, podczas gdy powinna ona podlegać odrzuceniu. Z uwagi na to, że oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu tzw. listy rankingowej, za ofertą Spółdzielni, interes Odwołującego doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a jego oferta odpowiada wymogom SWZ, a zatem powinna być uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu SWZ i przepisów prawa. Szkoda, jaką może ponieść Odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby Odwołujący, realizując zamówienie.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie podniesionych zarzutów odwołania wskazując w szczególności że, w dniu 19 maja 2025 r. Zamawiający Miasto Kalisz opublikował
w Postępowaniu Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części II Zamówienia, w której w zakresie części II Zamówienia jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz" (dalej: Spółdzielnia). Oferta Spółdzielni otrzymała 100 punktów, podczas gdy oferta Odwołującego otrzymała 68,53 punktów. Jedynym kryterium oceny ofert była cena.
Spółdzielnia zaoferowała cenę netto w wysokości 171.379,93 zł za realizację zamówienia
w zakresie części II (Rejon III). Cena została obliczona z uwzględnieniem ceny jednostkowej netto za utrzymanie czystości 100 m2 w wysokości 3,07 zł netto. Odwołujący zaoferował cenę netto w wysokości 250.091,88 zł za realizację zamówienia w zakresie części II (Rejon III). Cena została obliczona z uwzględnieniem ceny jednostkowej netto za utrzymanie czystości 100 m2 w wysokości 4,48 zł netto.
Zaoferowana przez Spółdzielnię cena oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia, Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 1 ustawy wezwał Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień wraz z załączeniem dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny. Na wezwanie Zamawiającego Spółdzielnia przedłożyła pisma: Wyjaśnienie Wykonawcy z dnia 7.05.2025 r. – oznaczone jest objęte tajemnicą przedsiębiorstwa; Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 7.05.2025 r. – oznaczone jako informacja jawna; a ponadto, jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 9 maja 2025 r. (Informacja
o uznaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) dodatkowo 10 plików jako załączniki.
O zastrzeżeniu tajemnicy Odwołujący dowiedział się w dniu 20 maja 2025 r. uzyskując taką informację od Zamawiającego.

W zakresie zarzutu 1 odwołania odwołujący podniósł: zgodnie z art. 18 ustawy generalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest jawność, przy czym wykonawca może zastrzec, aby zamawiający nie ujawniał informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skuteczne objęcie informacji zastrzeżeniem tajności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga, aby wykonawca zastrzegł, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz wykazał spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.
Zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą podlegać informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inne, o ile posiadają wartość gospodarczą. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane, jawne lub takie, które mogą stać się jawne w wyniku legalnie podjętych działań. Dla oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest zatem to, co w tym przedmiocie wykazał wykonawca, a nie obiektywne badanie, czy dane informacje mogą podlegać zastrzeżeniu. Innymi słowy, Zamawiający może się oprzeć wyłącznie na treści zastrzeżeń złożonych przez wykonawcę.
Odwołujący podał, że dokument zawierający zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (*Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa [Informacja jawna]* z dnia 7.05.2025 r.) istotnie różni się w swojej treści od dokumentu Zamawiającego (*Informacja o uznaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa* z dnia 9.05.2025 r.). Dla oceny skuteczności zastrzeżenia

tajemnicy przedsiębiorstwa znaczenie ma tylko to, co wynika z treści zastrzeżeń złożonych przez Wykonawcę. Odwołujący podał, że dopiero z pisma Zamawiającego wynika, jakie szczegółowo dowody potwierdzające zastrzeżenie tajemnicy zostały dołączone do wyjaśnień wykonawcy (s. 2-3) i jakie powody stały za ich utajnieniem. Informacji takiej nie ma
w zastrzeżeniach Wykonawcy. Z pisma Zamawiającego wynika również, że Wykonawca
w istocie dołączył 12 plików do wyjaśnień, podczas, gdy z samego pisma Wykonawcy wynika, że dołączono 1 plik. Wyjaśnienie zastrzeżenia tajemnicy konkretnych plików (dokumentów) wynika nie z pisma Wykonawcy, lecz z pisma Zamawiającego, co budzi wątpliwości w zakresie przejrzystości i równego traktowania wykonawców.
Odwołujący wskazał, że oceny wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa należy dokonywać wyłącznie w oparciu o treść pisma Wykonawcy (Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa [Informacja jawna] z dnia 7.05.2025 r.) i z pominięciem dokumentu Zamawiającego (Informacja o uznaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 9.05.2025 r.).
Odwołujący podał, że analiza oświadczenia Spółdzielni przez pryzmat wytycznych wyrażonych w orzecznictwie Izby (które odwołujący szeroko przytaczał w uzasadnieniu odwołania) nakazuje zwrócić uwagę na następujące okoliczności.
- p pierwsze Spółdzielnia wskazuje, że zastrzeżeniem obejmuje informacje złożone
w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – vide: „Wykonawca wskazuje, że zastrzeżone
w niniejszym wyjaśnieniu informacje złożone w odpowiedzi na wezwanie (odrębny plik) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz" (dalej: Spółdzielnia) zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022r. poz. 1233 ze zm., dalej: UZNK), albowiem informacje te są nieujawnione do wiadomości publicznej, a Zamawiający i inne podmioty nie mają do nich dostępu i nie mogą ich uzyskać, chyba że sama Spółdzielnia im je ujawni (s. 1, akapit drugi).
Spółdzielnia nie wskazuje na konkretne informacje, które podlegają zastrzeżeniu, lecz podnosi, że cały dokument (wyjaśnienia) chronione są jako informacje zastrzeżone – co stoi w sprzeczności z wymogami wyrażonymi w orzecznictwie Izby. Dalej, enigmatycznie podnosi się, że „Spółdzielnia nie udostępnia szczegółowych kosztorysów cenowych wykonywania usługi, a jeżeli je udostępnia na żądanie drugiej Strony, to zawsze są one objęte informacją, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. (…) istnieje bardzo ograniczony krąg osób, która zna zasady prowadzenia działalności statutowej Spółdzielni tj. zna je de facto wyłącznie Zarząd Spółdzielni. To Zarząd Spółdzielni posiada pełne i niczym nieograniczone informacje co do zakresu realizacji usług, w tym usług stanowiących przedmiot udzielanego zamówienia w niniejszym postępowaniu i sposobu ich kalkulacji oraz realizacji". Spółdzielnia podnosi również, że „żaden z pracowników, współpracowników Spółdzielni czy też kontrahentów nie posiada wiedzy o kosztach prowadzenia działalności i świadczenia usług przez Spółdzielnię, nie zna autorskiego know-how prowadzonej działalności operacyjnej przez Spółdzielnię, czy też zasobów technicznych i rozwiązań, które pozwalają świadczyć przez Spółdzielnię tego typu usługę na takim poziomie cenowym, jak zaoferowanym
w przedmiotowym postępowaniu." W wyjaśnieniach pojawiają się również stwierdzenia, które miałyby wskazywać, że informacje zastrzeżone obejmują „składniki kosztotwórcze i ich wysokość, zakładany zysk z kontraktu" oraz „wycena kosztów świadczenia usługi, optymalizacja zatrudnienia, w tym elementu związanego z dofinansowaniem, rozwiązania techniczne w tym maszyny" oraz „koszty materiałów, koszt robocizny, rodzaj i wysokość dofinansowania, struktura i sposób wynagradzania, narzuty Spółdzielni, ustalony zysk kontraktowy, otoczenie, czynniki ryzyka, otrzymywane rabaty od podmiotów zewnętrznych na dostawy i usługi". Spółdzielnia w najmniejszym stopniu nie wykazała, jakie konkretne informacje są chronione i dlaczego posiadają wartość gospodarczą. W toku wyjaśnień
w sposób lakoniczny i ogólny przywoływana jest tożsama treść zawierająca w zasadzie parafrazę ustawowej definicji zawartej w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., która to ma być poparta wyrwanymi tezami z orzecznictwa, głównie zresztą sądów administracyjnych, a nie Izby
i sądów orzekających w sprawach zamówień publicznych. Wyjaśnienia są ogólne
i standardowe, w odniesieniu do każdego rodzaju informacji przywoływane jest to samo uzasadnienie. O gospodarczej wartości tych informacji ma świadczyć to, że nie są one powszechnie znane, w żaden inny sposób nie uzasadnia się ich gospodarczej wartości.
Spółdzielnie podaje, że „ujawnienie tych informacji może pozbawić Spółdzielnię możliwości jej funkcjonowania na rynku, mając także na uwadze element misji socjalnej, którą realizuje Spółdzielnia'. Nie jest wyjaśnione w jaki sposób ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję Spółdzielni. Jeśli Spółdzielnia uzyskuje przewagę cenową dzięki dofinansowaniom przysługującym spółdzielniom socjalnym, to konkurenci, w tym Odwołujący, nie uzyskają tożsamego dofinansowania. Fragment wyjaśnień dotyczący misji socjalnej nie ma żadnego związku z tajemnicą przedsiębiorstwa.
Odwołujący podał, że wydaje się również, że okoliczności podniesione przez Spółdzielnię
w uzasadnieniu pisma nie są nawet prawdziwe, o czym świadczą następujące fakty:

–po pierwsze, wbrew swoim twierdzeniom, Spółdzielnia udostępnia szczegółowe kosztorysy cenowe, o czym świadczy załącznik do formularza cenowego złożonego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Kalisz pod nazwą *Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni*

na terenie miasta Kalisza, nr ref.: WGOŚ.2711.0001.2025. Spółdzielnia udostępniła

w tym postępowaniu szczegółowy kosztorys cenowy, zawierający m.in. stawkę 1 roboczogodziny pracownika, dowód: Formularz cenowy Spółdzielni w postępowaniu WGOŚ.2711.0001.2025,

–po drugie, jak wynika ze Statutu Spółdzielni, *najwyższym organem Spółdzielni jest walne zgromadzenie* (§ 42 ust. 1 Statutu). Walne Zgromadzenie tworzą wszyscy członkowie Spółdzielni. W Spółdzielni nie powołano Rady Nadzorczej, w związku z czym funkcje kontrolne sprawują wszyscy członkowie. W konsekwencji krąg osób, które mogą poznać informacje jest znacznie szerszy, albowiem dostęp do nich poza Zarządem mają również Członkowie Spółdzielni. dowód: Statut Spółdzielni,

–po trzecie, rentowność Spółdzielni i osiągany zysk, jako że ta podlega zasadom wynikającym z ustawy o rachunkowości i publikuje swoje sprawozdania finansowe (ostatnie za 2023 r.) nie jest tajemnicą. Częścią sprawozdania finansowego jest rachunek zysków i strat, a w KRS publikowane są również uchwały o pokryciu straty lub podziale zysków,

–po czwarte, dofinansowania uzyskiwane przez Spółdzielnię jako stanowiące pomoc publiczną, w tym pomoc *de minimis* są informacją jawną. Każdy ma dostęp do tych informacji poprzez bazę SUDOP. Od początku powstania Spółdzielni wartość pomocy publicznej uzyskanej przez Spółdzielnię wyniosła 758.033,43 zł, w tym *pomoc w formie subsydiowania wynagrodzeń na zatrudnianie pracowników niepełnosprawnych* udzielana na podstawie art. 26a ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej

i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2024 r. poz. 44, dalej: *u.z.o.n.*) 58.822,18 zł. dowód: Zestawienie pomocy publicznej Spółdzielni,

–po piąte, z dokumentu Zamawiającego (*Informacja o uznaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa* z dnia 9.05.2025 r.) wynika, że maszyny przeznaczone na realizację zadania, które miałyby być – zdaniem Spółdzielni – *inwestycją poniesioną przez Wykonawcę na rzecz świadczenia tego typu usług,* nie są własnością Spółdzielni,

a prawo dysponowania nimi wynik z umowy leasingu,

–po szóste, w obliczu ujawnianych formularzy cenowych w innych postępowaniach oraz wyjaśnień złożonych w pozostałych częściach niniejszego zamówienia, wydaje się, że nie istnieje żadne autorskie know-how, które stałoby za kalkulacją ceny.

Warto wskazać, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej w ceny
w zakresie Rejonu VI (postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Utrzymanie czystości na terenie miasta Kalisza w 2025 r. nr referencyjny WGOŚ.27.11.0008.2024) Spółdzielnia nie przedstawiła jakiejkolwiek kalkulacji cenowej. Stąd tym bardziej ciężko uwierzyć, że od stycznia 2025 r. powstało skomplikowane, autorskie know-how, które miałoby być tajemnicą przedsiębiorstwa. dowód: Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 13.01.2025 r., WGOŚ.27.11.0008.2024.

Odwołujący wskazał na orzeczenie Izby sygn. akt KIO 197/22, podnoszące, że podobne wyjaśnienia były już oceniane przez Izbę.

Odnosząc się do kolejnego elementu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. powzięcia przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji
w poufności odwołujący podał, że Spółdzielnia nie wykazała również tej przesłanki. Rzekoma wyłączna wiedza Zarządu w przedmiocie tych informacji nie jest prawdą, informacje, które mają być zastrzeżone są w znacznej części jawne. Spółdzielnia przywołała zabezpieczenia fizyczne (wydzielone miejsce) oraz elektroniczne (hasła dostępne tylko dla zarządu). Natomiast nie wykazano jednocześnie, że druga strona informacji (kontrahenci, pracownicy etc.) w ten sam sposób chronią te informacje.

Mając na względzie wyżej przedstawione okoliczności odwołujący stwierdził, że Spółdzielnia nie wykazała: nawet ogólnie, jakie informacje podlegające zastrzeżeniu mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny; dlaczego informacje
te mają wartość gospodarczą; że informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób; że podjęto, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji
w poufności.

Spółdzielnia podjęła próbę zastrzeżenia całych wyjaśnień, bez rozróżnienia precyzyjnie, jakie części informacji podlegają

zastrzeżeniu, dlaczego nie wybiórczo i dlaczego
nie zastosowano minimalizacji danych – przykładowo w odniesieniu do dokumentów kadrowych możliwe było zastrzeżenie tajemnicy danych osobowych, w odniesieniu
do materiałów i sprzętu danych dostawców itp. Co więcej, podjęto próbę zastrzeżenia informacji jawnych i ogólnodostępnych. Dodatkowo podkreślić należy, że w innych postępowaniach Spółdzielnia ujawniała te informacje (np. koszt robocizny).
Odwołujący zwrócił również uwagę na zachowanie zamawiającego. Utrwalona linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej wprost wskazuje, że rolą zamawiającego jest wyłącznie zbadanie skuteczności dokonanego zastrzeżenia (np. wyrok KIO z 31 marca 2023 r., sygn. KIO 701/23). Zamawiający nie może zastępować wykonawcy i wyjaśniać podstaw zastrzeżenia, czy też poszukiwać argumentów za zastrzeżeniem tajemnicy. W tej sprawie szersze uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – chociażby wskazanie rodzaju informacji zastrzeganych – zawiera treść pisma zamawiającego z dnia 9 maja 2025 r., co świadczy o tym, że zamawiający próbował niejako konwalidować wadliwą czynność wykonawcy. Nie tylko doszło zatem do naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 p.z.p., ale także naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. Zamawiający prowadzi Postępowanie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasady przejrzystości. Co więcej biorąc pod uwagę powiązania gospodarcze pomiędzy zamawiającym, a Spółdzielnią – zamawiający jest bowiem członkiem założycielem Spółdzielni, postawiony zarzut jest tym bardziej zasadny.
W zakresie zarzutu ewentualnego
Zarzut dotyczący złożenia przez Spółdzielnię oferty zawierającej rażąco niską cenę formułowany jest wyłącznie jako zarzut ewentualny i odwołujący wnosi o jego rozpoznanie wyłącznie wtedy, gdy Izba uzna, że zarzut z pkt 1 petitum odwołania jest nieuzasadniony
i nie może zostać uwzględniona, tj. Izba nie nakaże odtajnienia wyjaśnień.
Odwołujący w uzasadnieniu przedstawił szeroką argumentację w odniesieniu do tego zarzutu.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi
art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 maja 2025 roku, a kopia zostały przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika
z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,
które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.
Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie". Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Izba w postanowieniu wydanym na rozprawie dopuściła dowody załączone do ww. pisma.

Izba w postanowieniu wydanym na rozprawie dopuściła dowód nr 1 złożony przez Spółdzielnia Socjalna „Zielony Kalisz" z siedziba w Kaliszu (dalej: Spółdzielnia / uczestnik postepowania) na rozprawie (1 karta) – Kalkulacja ceny.

Izba w postanowieniu wydanym na rozprawie dopuściła dowody załączone
do odwołania.

<u>W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń:</u>

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:
- zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy - *Uzasadnienie orzeczenia zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała*
za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej orzeczenia

z przytoczeniem przepisów prawa.
- art. 16 ustawy – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie
o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.
- art. 18 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
- art. 18 ust. 2 ustawy - Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych
z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
- art. 18 ust. 3 ustawy - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji,
o których mowa w .
Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. z dnia
13 maja 2022 r. dalej „ustawa uznk":
- art. 11 ust. 1 ustawy uznk - Czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.
- art. 11 ust. 2 - Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W zakresie rozpoznania odwołania Izba zważyła:

Izba na wstępie wyjaśnia i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez zamawiającego w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu.
Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez zamawiającego
jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają
te czynności zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika
z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.
Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że w zakresie rozpoznawania zarzutu odwołania (zarzutu 1) ocenie podlega czynność zamawiającego dokonana w oparciu o dokumenty złożone przez wykonawcę Spółdzielnia.

Izba ustaliła, że wykonawca *Spółdzielnia Socjalna „Zielony Kalisz" z siedziba*
w Kaliszu (dalej: Spółdzielnia / uczestnik postepowania) wraz z wyjaśnieniami ceny oferty
w trybie art. 224 ustawy złożył zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie z dnia
7 maja 2025 roku, informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa objętych tym zastrzeżeniem, co znalazło uzasadnienie na 5 stronach (w katach sprawy).
Izba ustaliła, że zamawiający skierował do wykonawcy pismo z dnia 9 maja 2025 roku Informacja o uznaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (pismo w aktach sprawy).

W zakresie rozpoznania zarzutu odwołania Izba podaje, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania. Ustawodawca dopuścił jednakże prawo wykonawcy
do nie ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.
Wymaga podkreślenia, że walor informacji jakie są zastrzegane z uwagi na ich charakter
ma lub może mieć dla danego podmiotu wartość, której czasami nawet nie sposób określić.
Niemniej, jeżeli wykonawca decyduje się na objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinien poczynić wszystko czego wymagają regulacje prawne,
aby ta ochrona była skuteczna. Wykazanie (art. 18 ust. 3 ustawy), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi obowiązek wykonawcy, to na nim spoczywa odpowiedzialność, która materializuje się w prowadzeniu argumentacji oraz składaniu dokumentów potwierdzających okoliczności jakie legły u podstaw

zastrzeżenia.
Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Tym samym zostaje zakreślony krąg informacji jakie skutecznie wykonawca może objąć zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba zaznacza w tym miejscu, że w piśmie z dnia 7 maja 2025 roku,
w punkcie I, Spółdzielnia odnosi się do nieprawidłowej jednostki redakcyjnej ustawy
o zwalczaniu nieuczciwej konkurenci wskazują na art. 11 ust. 4 ustawy, przy czym wymaga odnotowania w tym miejscu również, że ww. podstawa prawna była właściwa do czasu zmiany regulacji ustawą o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw z dnia 5 lipca 2018 r. , w wyniku której przepisy uzyskały obowiązujące w dniu dzisiejszym brzmienie. Wymaga również podkreślenia, że nie tylko zmianie uległa jednostka redakcyjna ale również treść samego przepisu, bowiem treść sprzed nowelizacji: 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;
a obecnie przepis ten brzmi: 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.
Wymaga wskazania również w ocenie Izby, że zasada jawności postępowania o udzielnie zamówienia publicznego nie ma charakteru bezwzględnego. Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa, określona w ww. przepisie, wskazuje, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa bądź też inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.
Izba podkreśla, że w wyroku TSUE C-54/21 z dnia 17 listopada 2022 roku Trybunał zwrócił uwagę, kolejny raz, że cel przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych polega na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji oraz, że aby możliwe było zrealizowanie powyższego celu ważne jest aby zamawiający nie ujawniali informacji zawiązanych
z postępowaniem, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji w tym postępowaniu bądź w późniejszych postępowaniach o udzielnie zamówienia publicznego. (punkt 49 wyroku - *Trybunał wielokrotnie orzekał, że podstawowy cel przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych polega na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji oraz że aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego informacji, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź*
to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ze względu na to, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opierają się na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a wykonawcami, ci ostatni powinni móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach takiego postępowania bez obawy, że instytucje te przekażą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym wykonawcom szkodę (wyroki: z dnia 14 lutego 2008 r., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 34-36; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 115)).
Trybunał wskazywał również na znaczenie zasady stosunku zaufania wykonawca – zamawiający, co ma gwarantować zamawiającym przekazywanie informacji, a jednocześnie ochronę wykonawcy. Trybunał wskazał na art. 18 dyrektywy 20014/24 oraz podał,
że niezależnie od obowiązku działania w sposób przejrzysty zgodnie z art. 21 ust. 1 dyrektywy zamawiający nie może ujawniać informacji przekazanych przez wykonawcę
i oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Trybunał podał, że zamawiający
nie przekazuje informacji oznaczonych jako poufne przez wykonawcę; w szczególności tajemnic handlowych lub technicznych oraz poufnych aspektów oferty. Wymaga zaznaczenia, że zgodnie ze stanowiskiem Trybunału regulacja art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 referuje do informacji określonych w art. 50 i 55 dyrektywy 2014/24 mających skutek bezpośredni. Jednocześnie zaznacza, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odpowiada co do istoty definicji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 2 pkt 1 dyrektywy

2016/943 (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (ue)2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem z dnia 8 czerwca 2016 r.). Podaje również, że z celu dyrektywy 2014/24 oraz jej brzmienia nie wynika, aby państwa członkowskie nie mogły posłużyć się takim pojęciem
w celu wyznaczenia zakresu art. 21 ust. 1 dyrektywy. Jednakże pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa" z art. 2 ust. 1 dyrektywy 2016/943 – tym samym polskiej ustawy
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – jedynie częściowo pokrywa z się z określeniem „informacji przekazanych (…) jako poufne" z art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24, gdzie podano „między innymi tajemnice techniczne lub handlowe oraz poufne aspekty ofert". Rzecznik Generalny w opinii z dnia 12 maja 2022 roku podał, że ochrona nie jest ograniczona
do tajemnic technicznych i handlowych, lecz obejmuje również poufne aspekty ofert.
Trybunał wyjaśnił już, że przepisy dotyczące bezprawnego pozyskiwania, wykorzystywania
i ujawniania tajemnic przedsiębiorstwa w rozumieniu dyrektywy 2016/943 nie zwalniają organów publicznych z obowiązku zachowania poufności, jaki może wynikać z dyrektywy 2014/24 (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 97, 99).
Z orzeczenia Trybunały płyną następujące wnioski, a mianowicie podkreślenie przez Trybunał celu przepisów europejskich w zamówieniach publicznych tj. niezakłócania konkurencji. Bardzo istotnym natomiast jest wskazanie przez Trybunał na „zasadę ochrony informacji poufnych" – co oznacza, że ochrona informacji nie stanowi wyjątku od zasady jawności postępowania lecz stanowi osobną samoistną zasadę, która stanowi element samoistny dla oceny dokumentów w postępowaniu o zamówienie. Trybunał również uznał, że choć możliwe jest określenie „tajemnicy przedsiębiorstwa" przez zastosowanie definicji
z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odpowiadającej co do istoty definicji z art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 czemu nie sprzeciwi się art. 21 dyrektywy 2014/24 oraz jej treść i cel, to takie określenie „tajemnicy przedsiębiorstwa" jedynie częściowo pokrywa się z pojęciem „informacje poufne" z art. 21 dyrektywy 2014/24. Wynika z tego,
że art. 18 ust. 3 ustawy nie obejmuje pełnym zakresem informacji jakie zgodnie z art. 21 dyrektywy 2014/24 w ramach prawa europejskiego podlegają ochronie co do „informacji poufnych", które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, a co za tym idzie w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby, w zakresie rozpoznawanej sprawy odwoławczej, odwołujący
wykazał, że Zamawiający nie dokonał oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w pryzmacie przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w powiązanym art. 18 ust. 3 ustawy. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału zasada ochrony informacji poufnych prowadzi do tego, że nie możemy mówić o wyjątku
w zakresie ochrony informacji przez wykonawcę. Oznacza to, że prawem wykonawcy jest ochrona informacji jakie uznaje za poufne, przy czym co należy podkreślić, że ustawowo zostało wskazane jakie czynności, w jakim zakresie oraz w jakim momencie ma dokonać wykonawca, aby uprawniony był do korzystania z ochrony jaka mu przysługuje. Izba podkreśla, że zgodnie z ww. dyrektywą, to państwo członkowie określa we własnych regulacjach jakie informacje ma wykazać wykonawca i w jakim zakresie ma podjąć działania.
Izba podkreśla w tym miejscu kluczową rolę zamawiającego, bowiem to na zamawiającym ciąży obowiązek kontroli i oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez danego wykonawcę w odniesieniu do określonych informacji. Zmawiający nie bada, nie ocenia tego czy dana zastrzeżona informacja faktycznie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz jest obowiązany do zbadania i oceny przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy uznk oraz art. 18 ust. 3 ustawy.
W ocenie Izby stanowisko wyrażone przez zamawiającego w piśmie z dnia 9 maja 2025 roku zawiera uzasadnienie czynności zamawiającego jaka nie wynika z pisma Spółdzielni z dnia 7 maja 2025 roku. Izba podziela w tym zakresie stanowisko odwołującego. Podstawą oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest argumentacja Spółdzielni, natomiast to stanowisko jest bardzo lakoniczne, ogólnikowe i w zasadzie sprowadza się do powtarzania tych samych ogólnikowych stwierdzeń.
W ocenie Izby słusznie wskazał odwołujący, że uczestnik postępowania odwoławczego
nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy uznk. Podkreślenia wymaga,
że w ramach tych przesłanek, w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca winien wykazać, że chronione przez wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa bowiem spełniają łącznie następujące warunki: mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny charakter, ale posiadający wartość gospodarczą, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W odniesieniu do ww. wyroku Trybunału warto wskazać również na charakter zastrzeganych informacji, które stanowią poufne aspekty ofert. Przy czym podkreślenia wymaga, że każda
z przesłanek powinna znaleźć uzasadnienie w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa – faktyczna argumentację dającą poddać się ocenie. Przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przez uczestnika postępowania odwoławczego nie stanowi takiego zastrzeżenia, jest bowiem ogólnikowe i lakoniczne.
Próżno szukać uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie z dnia
7 maja 2025 roku w odniesieniu do charakteru informacji: techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny charakter, dla których wykazane zostało przez wykonawcę, że mają te informacje wartość gospodarczą, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów. Izba zaznacza, że zgodzić należy się, że nie zawsze da się określić wartość
w pieniądzu, ale można określić wartość takich informacji przez właściwe danemu przedmiotowi zamówienia, danej realizacji okoliczności w funkcjonowaniu wykonawcy. Izba stwierdza, że w trakcie rozprawy uczestnik postępowania podał informacje jakie stanowiły wskazanie wyliczenia kosztów (podanie kwot) realizacji z odniesieniem do przychodu oraz kosztów pracowników, wartości dofinansowania z PEFRON, kosztów palia, leasingu maszyn oraz kosztów ich serwisu i konserwacji oraz mycia, kosztów ubezpieczenia jak również pozostałych kosztów i ryzyka ze wskazaniem zysku z kontraktu (dowód nr 1). Spółdzielnia ten dokument złożyła w tracie rozprawy jako dokument jawny (przekazano go również
w trakcie rozprawy odwołującemu), jednocześnie oświadczając, że jest to inny dokument niż ten załączony do wyjaśnień z dnia 7 maja 2025 roku. W tym piśmie z dnia 7 maja 2025 roku Spółdzielnia podnosi, że: *Wszystkie informacje zaprezentowane w wyjaśnieniu*
(w szczególności wycena kosztów świadczenia usługi) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem Wykonawca optymalizuje koszty świadczenia usługi poprzez niskie koszty własne wytworzenia usługi, które są uzyskiwane na rynku lokalnym poprzez optymalizację zatrudnienia, w tym elementu związanego z jego dofinansowaniem, a także prowadzoną politykę cenową na rzecz podmiotów trzecich, które niezmiennie gwarantują należytą jakość świadczonej usługi. Nie bez znaczenia jest również fakt, że Wykonawca korzysta
z posiadanych rozwiązań technicznych, w tym maszyn, które są już inwestycją poniesioną przez Wykonawcę na rzecz świadczenia tego typu usług, a także zatrudnia na warunkach określonych w przepisach prawa niezbędny personel, który dedykowany jest do realizacji zadań w ramach wykonania kompleksowej usługi w przedmiotowym postępowaniu.
Jednocześnie w dokumentach jakie zostały przedstawione przez Spółdzielnie wraz
z wyjaśnieniami zawarty jest również załącznik (nazw pliku „Załącznik-Kalkulacja ceny.pdf") – których co należy podkreślić, w ogóle Spółdzielnia nie przedstawia wykonawcy, a dopiero w piśmie zamawiającego znajduje się ich wyszczególnienie i wskazanie – z którego
to załącznika wynikają informacje odnoszące się do wyceny kosztów świadczenia usługi. Izba podkreśla w tym miejscu, że z wyżej przytoczonego stanowiska Spółdzielni jednoznacznie wynikało, że właśnie w szczególności wycena kosztów świadczeni usługi stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym czasem w trakcie rozprawy zostaje złożony dokument (dowód nr 1), który zawiera wszystkie te elementy, wraz z odniesieniem
do konkretnych kwot, jakie składają się na koszt świadczenia usługi. Izba podkreśla w tym miejscu, że pełnomocnik Spółdzielni w trakcie rozprawy wyjaśniał, że nie jest to ten sam dokument jaki był składany wraz z wyjaśnieniami. Izba w zakresie rozpoznania zarzutu 1 odwołania ocenia stanowisko Spółdzielni w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów odnoszących się do wyjaśnienia ceny oferty dlatego też nie odnosząc się
do poszczególnych kwot zawartych w złożonych dokumentach stwierdzić musi, że ten sam dokument został załączony do wyjaśnień jak również przedstawiony na rozprawie. Oznacza to, że Spółdzielnie nie widziała przeszkód do złożenia jako jawny dokument wyceny kosztów – „Kalkulacji ceny" w trakcie rozprawy i tym samym ujawnienie tej informacji odwołującemu. Złożony na rozprawie dokument jawny odnosi się do elementów jakie wskazywała Spółdzielnia, a jakie w jej ocenie miały być szczególnie chronione, co wynika z powyżej wskazanego (zacytowanego) uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro sama Spółdzielnia upubliczniła informacje jaka w jej ocenie podlega szczególnej ochronie,
to nie sposób uznawać, że informacje te jako podane do publicznej wiadomości zasługują czy zasługiwały na ochronę. Jednym z elementów skutecznej możliwości objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest właśnie to, że nie są to informacje powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.
Spółdzielnia nie wykazała w ocenie Izby w przedstawionym piśmie z dnia 7 maja 2025 roku, że informacje jakie zastrzega mają „wysoką, obiektywną wartość gospodarczą", nie uzasadnił i nie wyjaśnił w jaki sposób te informacje mogłyby być wykorzystane przez inne podmioty. Podkreślenia wymaga, że w trakcie rozprawy jednoznacznie stwierdziła Spółdzielnia, że informacje związane z dofinansowaniem z PEFRON to informacje jawne, możliwe do sprawdzenia i

pozyskania przez każdy zainteresowany podmiot, czemu jednoznacznie dał wyraz również odwołujący w swoim odwołaniu podając kwoty wartości pomocy publicznej uzyskanej przez Spółdzielnię oraz załączając dowód do odwołania (zestawienie pomocy publicznej Spółdzielni) Spółdzielnia nie wyjaśnił w swoim stanowisku
z dnia 7 maja 2025 roku również tego w jaki sposób informacje te mogłyby zostać wykorzystane przez konkurencyjne podmioty i w konsekwencji w jaki sposób mogłyby wpłynąć na pozycję gospodarczą Spółdzielni oraz świadczenie usług na rynku lokalnym
w takiej cenie. Wymaga podkreślenia, że Spółdzielnie a w trakcie rozprawy jawnie wskazała z jakich danin publicznych i opłat jest zwolniona, jak również z jakich ulg i dofinansowań korzysta. Jednocześnie Spółdzielnia w żaden sposób nie wyjaśniła jaki wpływy na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przedstawionych w wyjaśnieniach ceny oferty
ma podnoszona misja socjalna jaką realizuje Spółdzielnia. Izba podkreśla, że dopuszczona jest przez prawo możliwość ochrony danych informacji, ale to obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że spełnione zostały przesłanki ochrony tych informacji. Podkreślenia wymaga również, że odwołujący podnosił, że Spółdzielnia składała wyjaśnienia jakie nie były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w ramach postępowania o zamówienie jakie było prowadzone przez tego samego zamawiającego. Z przedstawionego uzasadnienia spółdzielni wynika również, że powyższe wskazane elementy (w cytacie powyżej) wskazują, że Spółdzielnia *korzysta z rozwiązań autorskich, dedykowanych do wykonania tego typu usług przez Spółdzielnie Socjalne, które bazują na autorskim know-how realizacji usług z jednoczesnym ich dofinansowaniem, a dokonanie umiejętnej wyceny usługi podlega zastrzeżeniu tajemnicą przedsiębiorstwa jako nieujawnione do wiadomości publicznej.* W żaden sposób Spółdzielnia nie uzasadniła na czym miałaby polegać owo know-how realizacji usługi, jak również nie wskazała rozwiązań autorskich jakie podlegają ochronie jak również jaką maja one wartość. Nie odniósł się dowołujący do tego czy mają one wartość gospodarczą, techniczna, organizacyjną, a samo stwierdzenie, że informacje te posiadają taką wartość nie stanowi ich uzasadnienia. Izba podkreśla, że ponowienie Spółdzielnia odnosi się do umiejętnej wyceny usługi, a dokumenty zawierający Kalkulację ceny, czyli będący emanacją tej wyceny, przedstawia w trakcie rozprawy jako dokument jawny. Izba podkreśla w tym miejscu jednoznacznie, że w piśmie z dnia 7 maja 2025 roku zawierającym wyjaśnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Spółdzielnia podała: *ocenę wartości gospodarczej przekazywanych informacji przez Spółdzielnię należy sprowadzić do sposobu kalkulacji ceny ofertowej (koszty materiałów, koszt robocizny, rodzaj i wysokość dofinansowania, struktura i sposób wynagradzania, narzuty Spółdzielni, ustalony zysk kontraktowy, otoczenie, czynniki ryzyka, otrzymywane rabaty od podmiotów zewnętrznych na dostawy i usługi).* Jednocześnie, co było już podnoszone wielokrotnie w tym uzasadnieniu, „Kalkulację ceny” (dowód nr 1) zawierającą powyższe elementy i ich koszty składa jako dokument jawny
w trakcie postępowania.
W ocenie Izby treści jakie zostały podane w zastrzeżeniu tajemnicy były na tyle ogólne,
że nie sposób było wywnioskować z nich jakiejkolwiek uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie uzasadniały one w żaden sposób obiektywnej wartości gospodarczej tych informacji jak również nie uzasadniały charakteru tych informacji,
a jednocześnie Spółdzielnia swobodnie w trakcie rozprawy składa jawny dowód w postaci Kalkulacji ceny z odniesieniem do elementów jakie w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa były podnoszone przez tego uczestnika. Podkreślenia wymaga również,
że nie ma żadnego odniesienia do załączników złożonych wraz z pismem zawierającym odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny oferty, nie ma bowiem uzasadnienia
co do poszczególnych dokumentów jakie zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko odwołującego co do tego, że to nie rolą zamawiającego jest uzasadnianie przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych załączników lecz to obowiązek Spółdzielni, jeżeli te dokumenty chce chronić.
Wyjaśnieniami jakie złożył uczestnik postępowania w trakcie rozprawy w odniesieni
do szeregu podstaw jawnych w stosunku do Spółdzielni dotacji czy zwolnienie oraz złożenia „Kalkulacji ceny” w zasadzie potwierdził brak skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Brak wykazania, zgodnie z wymaganiami art. 18 ust. 3 ustawy, kumulatywnie przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy uznk powoduje, że zastrzeżone informacje nie podlegają ochronie i nie mogą być chronione skutecznie.
Za wyrokiem z dnia 27 stycznia 2025 roku sygn. akt KIO 4878/24 i KIO 4914/24: Mając
na uwadze treść obowiązującego art. 18 ust. 3 ustawy wskazać należy, że ukształtowany jest po stronie wykonawcy, w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonych dokumentów, obowiązek polegający na wykazaniu przez wykonawcę,
że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
W odniesieniu do pozostałych dwóch przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy uznk oraz
w odniesieniu do obowiązku wykazania spełnienia tych przesłanek wynikającego z art. 18 ust. 3 ustawy. Wykazanie (art. 18 ust. 3 ustawy), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi obowiązek wykonawcy. Wymaga w

tym miejscu podkreślenia,
że na podstawie powyższego przepisu kształtowany jest pierwotny obowiązek wykonawcy, stanowiący przesłankę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tj. wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – co stanowi osobną przesłankę udzielenia ochrony prawnej wykonawcy, a która to przesłanka nie jest określona przez art. 11 ust. 2 ustawy uznk. Dodatkowo również na wykonawcy ciąży określony art. 18 ust. 3 ustawy obowiązek zastrzeżenia, że informacje te nie mogą być udostępniane. Słusznie podnosił odwołujący, że w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały wymienione załączniki. W ocenie Izby zasadnym jest stanowisko odwołującego co do tego, że zastrzeżeniu tajemnicą przedsiębiorstwa podlegają określone informacje,
a nie dokumenty co do zasady. Oczywiście może być okoliczność taka, że objęty tajemnicą przedsiębiorstwa dokument w całości zawiera informacje jakie wykonawca zamierza chronić.
Izba za wyrokiem z dnia 7 lutego 2025 roku sygn. akt KIO 5024/24 wskazuje, że w ramach rozpoznawanej sprawy odwoławczej podkreślenia wymaga również to, że zgodnie
z ugruntowanym podglądem, zarówno w orzecznictwie Izby jak sądów powszechnych,
a także niezmiennie prezentowanym w doktrynie jest to, że do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego,
co wynika jednoznacznie z art. 8 ust. 1 ustawy. Mając to na uwadze Izba wskazuje na art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej: KC), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślenia wymaga, za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03, że przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający
od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). W ramach postepowania o udzielnie zamówienia publicznego mamy do czynienia
z profesjonalistami ubiegającymi się o określone zamówienie. Tym samym w stosunku
do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu - jak stanowi art. 355 § 2 KC należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, a przez to nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (tak m.in. wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17, wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2372/18).
Tym samym, to uczestnik postępowania odwoławczego powinien był wykazać się należytą starannością, podwyższaną starannością z uwagi na charakter prowadzonej działalności oraz zakres podejmowanych działań i to Spółdzielnia powinna była wykazać na etapie składania informacji zamawiającemu, że zastrzega je tajemnicą przedsiębiorstwa.
W zasadzie przyznając w trakcie rozprawy, że określone treści (np.: dofinansowania
z PEFRON) oraz określone dokumenty (tak: Kalkulacja ceny) nie są informacjami podlegającymi ochronie dowiódł lakoniczności swojego uzasadnienia, bowiem gdyby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było prawidłowe,
to logika nakazuje twierdzić, że sam uczestnik zorientowałby się co do nieskuteczności ochrony danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.
Co do zakresu wykazania przesłanki podjęcia działań mających na celu ochronę informacji Izba stwierdza, że w zasadzie nie wykazała Spółdzielnia, że podejmuje działania w tym zakresie. Izba wskazuje, że „wykazać" to «uzewnętrznić coś», «ujawnić istnienie czegoś», «przedstawić coś w sposób przekonujący». W ramach „wykazania" na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy wydaje się za zasadne przyjęcie każdego z tych znaczeń łącznie. Izba stoi na stanowisku, że nie jest niezbędne dla wykazania przedstawianie dowodów ale jednocześnie ograniczenie się do wskazania stosowanie danych praktyk (zabezpieczenia fizyczne pomieszczeń oraz zabezpieczenia elektroniczne) oraz wskazanie ogólnie „Zarządu Spółdzielni" jako osób mogących mieć dostęp do informacji nie zaspakaja „wykazania" jako przedstawienia czegoś w sposób przekonywujący uzewnętrzniając to i ujawniając, jak w tym przypadku treści tych klauzul. Izba podkreśla podnoszone przez odwołującego odniesienie do Walnego Zgromadzenia będącego najwyższym organem Spółdzielni (Status Spółdzielni – załącznik do odwołania) jak również Izba wskazuje na prawa i obowiązki członków Spółdzielni. Wymaga zaznaczenia, że Spółdzielnia nie wskazała żadnego postanowienia
w odniesieniu do tego, że członkowie spółdzielni nie maja możliwości pozyskania tych informacji odnoszących się do

wyceny ofert, jak również nie wykazała Spółdzielnia
w przypadku ich pozyskania członkowie zobowiązani są do określonego działania.
Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i ocena skuteczności zastrzeżenia tej tajemnicy przedsiębiorstwa są obowiązkiem zamawiającego, od którego nie może się on dystansować na etapie oceny ofert.

Mając wszystko powyższe na uwadze, Izba stwierdza, że odwołujący wykazał naruszenia przepisów określonych w zarzucie odwołania tj. art. 18 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy uznk. Izba uznała za zasadne również naruszenie zasad prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności, ale także przejrzystości prowadzonego postępiania - a tym samym uznaje zarzut odwołania za zasadny w powyższym zakresie.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą oraz innymi obowiązującymi aktami prawnymi, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty naruszającego zasady obowiązujące w zamówieniach publicznych.

W konsekwencji Izba nakazała w zakresie Części II zamówienia – tereny określone
w załączniku do SWZ pn. „Harmonogram utrzymania czystości na terenie miasta Kalisza
w Rejonie III", w postępowaniu o udzielnie zamówienie na Utrzymanie czystości na terenie miasta Kalisza w rejonie I i III unieważnienie czynności z dnia 19 maja 2025 roku czyli czynności zamawiającego wyboru oferty wykonawcy Spółdzielnia Socjalna „Zielony Kalisz"
z siedziba w Kaliszu jako najkorzystniejszej. Izba nakazała również powtórzenie czynności badania i ofert, w tym udostępnienie w całości (wraz z załącznikami) przedstawionych przez wykonawcę Spółdzielnia Socjalna „Zielony Kalisz" z siedziba w Kaliszu wyjaśnień ceny oferty złożonych za pismem z dnia 7 maja 2025 roku w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do Części II zamówienia – tereny określone
w załączniku do SWZ pn. „Harmonogram utrzymania czystości na terenie miasta Kalisza
w Rejonie III", w postępowaniu o udzielnie zamówienie na Utrzymanie czystości na terenie miasta Kalisza w rejonie I i III.

W zakresie zarzutu 2 – w orzecznictwie Izby, ale również sądów powszechnych
i Sądu Najwyższego - uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2013 r. III CZP 58/13 utrwaliła się jednolita obecnie praktyka, że w postępowaniu odwoławczym możliwe jest kształtowanie zarzutów ewentualnych. Tym samym, zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 roku sygn. akt XXIII Zs 53/21 Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym
i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie sPzp. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia 4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014, nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r.(sygn. akt IV CR 403) wskazując, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

Wniosek więc jest taki, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą uwzględnienie zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących żądania ewentualnego, skoro żądanie ewentualne nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego.

Koszty:

Izba uwzględniła odwołanie.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba*

rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Zamawiający nie składał wniosku kosztowego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca: ……