

WYROK

Warszawa, dnia 3 czerwca 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Karina Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2026 r. przez wykonawcę **Euvic Media sp. z o.o., ul. Czerska 12, 00-732 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Opera Bałtycka w Gdańsku, Al. Zwycięstwa 15, 80-219 Gdańsk**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: **Audience Network sp. z o.o., ul. Stefana Żeromskiego 7, 05-075 Warszawa**,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę Audience Network sp. z o.o. i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
 2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego, i:
 - 2.1. 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.
- 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.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Opera Bałtycka w Gdańsku, Al. Zwycięstwa 15, 80-219 Gdańsk, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa pośrednictwa w zakupie kampanii reklamowych”, numer referencyjny: 2/ZP/2026. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.02.2026 r., nr 41/2026 140035 -2026.

W dniu 08.05.2026 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Euvic Media sp. z o.o., ul. Czerska 12, 00-732 Warszawa (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez Audience Network jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 21.04.2026 r. wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia, mimo że Audience Network nie wykazał wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uzkn warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia, jak również zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 2) ewentualnie, w przypadku oddalenia ww. zarzutu: art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Audience Network, mimo iż oferta ww. wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, jak również poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę nie jest rażąco niska, w szczególności w zakresie istotnej części składowej ceny, tj. „kampania druku, montażu, ekspozycji i demontażu reklamy – wyklejenie ściany w tunelu metra, w mieście powyżej 1 000 000 mieszkańców, o powierzchni 10 m², realizowana w okresie jednego miesiąca, w ramach prawa opcji” (poz. 46),
- 3) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,
- 3) odtajnienia wyjaśnień ceny Audience Network wraz z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa,

4) ewentualnie odrzucenia oferty Audience Network,

5) ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dniu 13.05.2026 r. wykonawca Audience Network sp. z o.o., ul. Stefana Żeromskiego 7, 05-075 Warszawa (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 18.05.2026 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 27.05.2026 r. Przystępujący przedstawił swoją argumentację również wnosząc o oddalenie odwołania. W dniu 31.05.2026 r. i 01.06.2026 r. odpowiednio Odwołujący i Zamawiający złożyli dodatkowe wnioski dowodowe.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia są usługi pośrednictwa w zakupie kampanii reklamowych. Wsparcie będzie dotyczyć działalności artystycznej Opery Bałtyckiej, w tym Baltic Opera Festival, zaplanowanego na lipiec 2026 r.

W dniu 16.04.2026 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i ust 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty.

Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami w dniu 21.04.2026 r. i zastrzegł ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 28.04.2026 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

W odpowiedzi na wniosek Odwołującego Zamawiający nie udostępnił mu ani wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego ani uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 15.05.2026 r. Zamawiający wystąpił do Przystępującego z prośbą o „udzielenie wyjaśnień co do zakresu informacji, które Wykonawca zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny” z uwagi na niedopuszczalność zastrzegania całych dokumentów zamiast poszczególnych informacji.

W odpowiedzi z 19.05.2026 r. Przystępujący wskazał, *„że przedmiotowy plik został objęty zastrzeżeniem wyłącznie w zakresie konkretnych informacji posiadających wartość gospodarczą, organizacyjną i handlową, a nie jako dokument w całości. Zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają wyłącznie fragmenty wskazane w załączonym wykazie, obejmujące w szczególności informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny, kosztów, stawek, nakładów pracy, marży, warunków handlowych, rabatów oraz sposobu organizacji i optymalizacji realizacji zamówienia. Wykonawca jednocześnie wyjaśnia, że zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa nie są objęte ogólne oświadczenia formalne i prawne, w tym fragmenty dotyczące zgodności kalkulacji z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz ogólne uzasadnienie podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności strony 5-6 dokumentu nie są objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W pozostałym zakresie, niewskazanym w załączonym wykazie, Wykonawca nie podtrzymuje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca wnosi o utrzymanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyłącznie w zakresie wskazanym w załączonym wykazie oraz w wersji dokumentu z oznaczonymi fragmentami”*.

Przystępujący załączył też wykaz zagadnień, które mogą i które nie mogą być przez Zamawiającego ujawnione oraz dodatkowo same wyjaśnienia z 21.04.2026 r. z zaznaczonymi na żółto fragmentami, które nie mogą być wg niego ujawnione.

W dniu 18.05.2026 r. (10 dni po wniesieniu odwołania) Zamawiający przekazał Odwołującemu częściowo odtajnione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do faktu, że w dniu 18.05.2026 r., tj. 10 dni po wniesieniu odwołania Zamawiający przekazał Odwołującemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz częściowo odtajnione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W związku z tym faktem Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że: *„Argumentacja odwołania odnosząca się do niezasadności zastrzeżenia tajemnicą całości dokumentu z wyjaśnieniami, w szczególności uzasadnienia zastrzeżenia, stała się wobec powyższego bezprzedmiotowa”*, a na rozprawie stwierdził, że dzięki odtajnieniu ww. dokumentów Odwołujący może na rozprawie podnieść argumenty oparte na ich (odtajnionej) treści. Obie tezy Zamawiającego są całkowicie błędne.

Po pierwsze, należy zauważyć, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie rozpoznaje zarzutów niezawartych w

odwołaniu. Przy czym, jak Izba wielokrotnie już powtarzała w swoim orzecznictwie, „zarzut” to nie tylko podstawa prawna i krótki opis zawarty zazwyczaj w petitum odwołania, ale także okoliczności faktyczne i prawne zawarte w jego uzasadnieniu. Oznacza to, że odwołujący nie może po wniesieniu odwołania, np. w kolejnych pismach procesowych lub na rozprawie, powoływać się na nowe okoliczności faktyczne, w tym nowe argumenty, których nie zawarł uprzednio w treści odwołania, gdyż stanowi to już nowe zarzuty, które w myśl art. 555 ustawy Pzp nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę. Przy czym zakaz rozpoznania dotyczy nowych argumentów powoływanych przez odwołującego z jego własnej inicjatywy, natomiast nie pozbawia go prawa do podnoszenia kontrargumentów i kontrdowodów wobec argumentów i dowodów przedstawianych przez jego przeciwników procesowych.

Powyższy sposób rozumienia „zarzutu” znajduje potwierdzenie w konsekwentnym orzecznictwie Izby, a także w orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie, w tym np. w wyroku z dnia 09.05.2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 16/24, w którym stwierdzono: *„Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego formułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie określonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Brak precyzyjnego przywołania podstawy prawnej i uzasadnienia zarzutu prowadzi do braku możliwości rozpatrzenia tego zarzutu przez Izbę (...). Co do zasady możliwa jest modyfikacja zarzutu odwołania/skargi poprzez „ograniczenie” zakresu żądania. Jeśli bowiem przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej były różne zarzuty to nasuwa się oczywista i jedyna logicznie konstatacja, iż każdy z nich osobno był przedmiotem orzekania Izby, a tym samym podtrzymanie jednego z zarzutów odwołania w skardze oznacza orzekanie przez Sąd co do zarzutu, który był przedmiotem odwołania. Nie można jednak skutecznie dokonać modyfikacji poprzez rozszerzenie dotychczasowych żądań. Stosownie zaś do treści art. 535 ustawy PZP odwołujący może przedstawiać dowody aż do zamknięcia rozprawy, natomiast okoliczności faktyczne, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio przedstawić precyzyjnie w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą z uwagi na treść wspomnianego już art. 555 ustawy PZP. Rozgraniczenia wymagają bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. W pierwszej kolejności w postępowaniu odwoławczym muszą zostać wskazane fakty, z których wywodzone są przez odwołującego skutki prawne”.*

Powyższy sposób rozumienia „zarzutu” w postępowaniu odwoławczym powoduje, że udostępnienie Odwołującemu w dniu 18.05.2026 r. uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i częściowo odtajnionych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jest z punktu widzenia jego praw procesowych bez znaczenia (mówiąc kolokwialnie: nic mu nie daje), gdyż i tak nie może on na obecnym etapie rozszerzyć swoich zarzutów o argumentację opartą na treści dokumentów otrzymanych już po wniesieniu odwołania. Dlatego przekonanie Zamawiającego o możliwości wykorzystania przez Odwołującego na rozprawie znajomości ww. dokumentów jest błędne i sprzeczne z art. 555 ustawy Pzp.

Po drugie, przekazanie Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i częściowo odtajnionych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, bez unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nie daje też Odwołującemu żadnych korzyści z punktu widzenia celu, dla którego składa on odwołanie i domaga się odtajnienia ww. dokumentów (zresztą w całości, a nie w części). Odwołujący wnosi bowiem odwołanie nie po to, by zaspokoić swoją ciekawość co do treści ww. dokumentów, ale po to, by móc sprawdzić, czy Przystępujący rzeczywiście wykazał zasadność kalkulacji ceny swojej oferty i by ewentualnie wnieść kolejne odwołanie na zaniechanie odrzucenia tej oferty jako oferty z rażąco niską ceną. Ale by móc ewentualnie takie kolejne odwołanie złożyć Odwołujący musi znać treść wyjaśnień (najlepiej pełną wraz z załącznikami) i musi zachować wymogi formalne wniesienia odwołania, w tym m.in. wymogi dotyczące terminu na jego wniesienie. Zgodnie bowiem z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W przypadku zatem kwestionowania czynności prowadzących do wyboru danej oferty jako najkorzystniejszej odwołanie należy wnieść w terminie 10 dni od zawiadomienia o jej wyborze (w postępowaniach o wartości co najmniej równej progom unijnym). W niniejszym postępowaniu Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego w dniu 28.04.2026 r. i nie unieważnił tej czynności, zatem pozostaje ona w mocy. Tym samym przekazanie Odwołującemu częściowo odtajnionych dokumentów w dniu 18.05.2026 r. ponownie nic mu nie daje, bo termin na podniesienie zarzutów w stosunku do wyboru oferty Przystępującego upłynął wcześniej, tj. w dniu 08.05.2026 r. Wtedy Odwołujący nie znał treści ww. dokumentów, bo Zamawiający mu ich nie udostępnił, natomiast obecnie nie może się na nich oprzeć i wnieść np. nowe odwołanie w celu zakwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż jak wskazano już wyżej – skoro

czynność ta pozostaje w mocy, to termin na jej kwestionowanie w drodze odwoławczej upłynął w dniu 08.05.2026 r.

Reasumując, udostępnienie Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i częściowo odtajnionych wyjaśnień rażąco niskiej ceny 10 dni po wniesieniu odwołania, przy jednoczesnym braku unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 28.04.2026 r., jedynie pozornie przyczynia się do „wyjścia naprzeciw” oczekiwaniom Odwołującego. W istocie ze względu na treść art. 555 i art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp (czyli zakaz rozszerzania zarzutów niezawartych w odwołaniu i termin zawity na jego wniesienie) Odwołujący nie może w żaden sposób wykorzystać pozyskanych w ten sposób treści dla osiągnięcia swojego celu, czyli zakwestionowania wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej i uzyskania zamówienia. Działanie Zamawiającego z dnia 18.05.2026 r. było więc iluzoryczne, a przy tym błędne i naruszające podstawowe prawo wykonawców (w tym wypadku – Odwołującego) do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej.

W tym miejscu należy zauważyć, że wyżej opisany przypadek nie jest pierwszym, z jakim Izba miała do czynienia. Podobne praktyki udostępniania wykonawcom dokumentów w takich terminach, w których nie mogą oni realnie korzystać z przysługującego im prawa do wniesienia odwołania, były już oceniane przez Izbę m.in. w sprawach: KIO 2803/23 (wyrok z 09.10.2023 r.), KIO 2115/24 (wyrok z 09.07.2024 r.), KIO 3490/24 (wyrok z 09.10.2024 r.) czy KIO 4968/24 (wyrok z 03.02.2025 r.), przy czym część z tych spraw była też opisana w Informacji Rocznej KIO za 2024 r. (str. 40).

Stan faktyczny najbardziej zbliżony do zaistniałego w niniejszym postępowaniu miał miejsce w sprawie KIO 4968/24, w której zamawiający w dniu 17.12.2024 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, 27.12.2024 r. zostało wniesione odwołanie, a dopiero 09.01.2025 r. zamawiający przekazał odwołującemu odtajnione w całości dokumenty. Wobec takiej kolejności zdarzeń Izba stwierdziła: *„Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi pewien uporządkowany ciąg czynności, na które składają się etapy: przygotowanie postępowania, wszczęcie postępowania, otwarcie ofert, badanie i ocena ofert, wybór oferty najkorzystniejszej/unieważnienie postępowania. Czynność z zakresu badania i oceny skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy do etapu badania i oceny ofert. Etap ten rozpoczyna się po otwarciu ofert i kończy z momentem wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniem postępowania. Zamawiający nie ma prawa dokonywać czynności z zakresu badania i oceny ofert po zakończeniu etapu badania i oceny ofert. Jeśli zamawiający natomiast dostrzega potrzebę powtórzenia czynności z zakresu badania i oceny ofert, to musi powrócić do tego etapu postępowania. W tym celu konieczne jest jednak uprzednie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W analizowanej sprawie zamawiający zbadał skuteczność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny przystępującego IDOM bez uprzedniego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co należało uznać za działanie podjęte poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień wykonawcy IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o. o. we Wrocławiu w zakresie ceny”*.

Izba w obecnym składzie w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 4968/24 i również stwierdza, że udostępnienie odwołującemu zastrzeżonych wcześniej dokumentów już po wniesieniu odwołania bez unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, jest czynnością podjętą w oderwaniu od ustalonego ustawowo porządku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym przede wszystkim w oderwaniu od etapu badania i oceny ofert, który to etap kończy się wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty (ewentualnie wraz z unieważnieniem postępowania) i ocena zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może w związku z tym poza ten etap wykraczać. Niezależnie od powyższego czynność taka, tj. udostępnienie dokumentów po wniesieniu odwołania bez unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, jest też z przyczyn podanych już wyżej naruszeniem przysługującego wykonawcy prawa do realnego korzystania z możliwości wniesienia odwołania, a w konsekwencji – naruszeniem podstawowych zasad udzielenia zamówień takich jak: zasada przejrzystości oraz zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp). Dlatego praktyka taka musi być uznana nie tylko za wadliwą, ale również naganną.

Przechodząc do kwestii zastrzeżenia przez Przystępującego jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami oraz uzasadnienia tego zastrzeżenia, w pierwszej kolejności należy przytoczyć właściwe przepisy.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. 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. poz. 1233), 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.

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.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Zachowanie jawności ma więc pierwszeństwo przed wyjątkiem, jakim jest objęcie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Przy czym, jak wielokrotnie już Izba wskazywała w swoich orzeczeniach, w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie wskazał, że informacje nie podlegają ujawnieniu, jeżeli wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Słowo „wykazał” z całą pewnością nie oznacza jedynie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale ma znaczenie zbliżone do „udowodnienia”. Aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi „wykazać”, czyli w istocie udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Analogiczne stanowisko zostało wyrażone w wielu wyrokach Izby, a także Sądu Okręgowego w Warszawie, w tym m.in. w wyroku z dnia 01.10.2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21, opartego wprawdzie na przepisach ustawy Pzp z 2004 r., ale zachowującego nadal aktualność, w którym Sąd stwierdził: *„Sąd dokonując oceny zasadności powyższych zarzutów w kontekście rozstrzygnięcia KIO przyjął jako punkt wyjścia prymat zasady jawności postępowania wynikający z art. 8 ust. 1 sPzp, który stanowi, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Dlatego zdaniem Sądu wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 sPzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko skarżącego (w istocie zaakceptowane przez zamawiającego poprzez nie odtajnienie zaskarżonej części informacji), jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 sPzp. Sąd podziela stanowisko KIO, że z art. 8 ust. 3 sPzp wynika nałożenie na wykonawcę obowiązku wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sąd zgadza się z poglądem KIO, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa”.*

Powyższe rozumienie słowa „wykazanie” oznacza także, że zamawiający zobowiązany jest oceniać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę, a nie w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym nie jest zasadna argumentacja Zamawiającego, zgodnie z którą ocenił on zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie, gdyż „wykazanie” wg niego może polegać na składaniu przez wykonawcę oświadczeń własnych i nie miał podstaw, by nie dać wiary oświadczeniom Przystępującego. Odnosząc się do takiej argumentacji należy wyraźnie wskazać, że nie jest rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może się więc kierować „wiarą”, tudzież swoją wiedzą i doświadczeniem, ale ma ocenić uzasadnienie i dowody złożone przez wykonawcę w celu wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca bowiem, a nie zamawiający za niego, ma tę zasadność „wykazać” (czyli w istocie udowodnić) i jeśli nie sprostą temu obowiązkowi, to konsekwencją jest ujawnienie przez zamawiającego zastrzeżonych informacji.

Odnosząc się do kwestii zakresu zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa należy zauważyć, że Izba wielokrotnie już wypowiadała się na ten temat wskazując, że tajemnica ta może dotyczyć konkretnych wymagających ochrony informacji, a nie całych dokumentów. Bardzo rzadko zdarza się bowiem, aby dosłownie każda linijka tekstu w jakimś dokumencie odpowiadała wymogom wynikającym z art. 11 ust. 2 uznk. Przykładowo Izba w wyroku o sygn. akt KIO 807/21 z dnia 13.05.2021 r. zachowującym aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów stwierdziła: *„W stosunku zaś do samego sposobu zastrzegania dokumentów Izba, również wielokrotnie, podkreślała, że ze względu na*

fakt, że zastrzeżenie takie jest zaprzeczeniem zasady jawności postępowania (art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), jak i jego przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), zastrzeżenie takie powinno się odbywać z zastosowaniem zasady minimalizacji, czyli zastrzegany powinien być jak najmniejszy możliwy wycinek tekstu: pojedyncze dane (np. dane liczbowe, nazwy kontrahentów), pojedyncze wersy lub ich fragmenty, pojedyncze zdania lub ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty itd., a całe dokumenty jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości, gdyż w zamówieniach publicznych w rzeczywistości jedynie wyjątkowo zdarza się, że całe dokumenty - od początku do końca - są ową informacją posiadającą cechy tajemnicy." Nie jest też zrozumiałe, w jakim celu Zamawiający w piśmie z dnia 15.05.2026 r. tłumaczył Przystępującemu, że nie można zastrzegać jako tajemnicy całych dokumentów i zwracał się o wyjaśnienie w związku z tym zakresu informacji, które nie mogą zostać ujawnione. Jeżeli tajemnica przedsiębiorstwa została zastrzeżona w sposób wadliwy, np. w zbyt szerokim zakresie, obowiązkiem zamawiającego jest odtajnienie zastrzeżonych dokumentów lub ich części, stosownie do dokonanej przez zamawiającego oceny, które informacje zostały zastrzeżone zasadnie, a które niezasadnie. Zamawiający nie ma w takim przypadku obowiązku dostosowywać się do wytycznych uzyskanych od wykonawcy.

Odnosząc się natomiast do kwestii zastrzeżenia samego uzasadnienia tajemnicy należy wyraźnie wskazać, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być objęte taką tajemnicą. Powyższe stanowisko zostało przez Izbę wyrażone np. w zachowującym aktualność wyroku Izby z dnia 17.12.2018 r. o sygn. akt KIO 2498/18, w którym stwierdzono: „Podkreślenia wymaga, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to wykonawca Sanito. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia przedstawionego w pismach Sanito z dnia 5 i 23.11 2018r. nie znajduje oparcia w wyżej przywołanym przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie należy uznać za bezskuteczne". Poza kwestią obowiązku zachowania zasady przejrzystości w postępowaniu o udzielenie zamówienia, trudno byłoby także wskazać, co w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny, ma wartość gospodarczą i jest utrzymywane w poufności. Dlatego oczywistym jest, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zostać objęte taką tajemnicą.

Przechodząc do kwestii wartości gospodarczej, należy zauważyć, że Przystępujący wskazał w uzasadnieniu: „Zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż:

- posiadają realną wartość gospodarczą, jako że obejmują w szczególności indywidualnie wynegocjowane stawki zakupu mediów oraz warunki handlowe, które nie są publicznie dostępne i różnią się pomiędzy podmiotami działającymi na rynku,
- obejmują autorski sposób kalkulacji kosztów oraz alokacji budżetu mediowego, stanowiący element przewagi konkurencyjnej Wykonawcy, (...)

Ujawnienie powyższych informacji mogłoby narazić Wykonawcę na szkodę poprzez:

- umożliwienie konkurencji odtworzenia modelu kalkulacji ofertowej Wykonawcy,
- wykorzystanie wypracowanych warunków handlowych bez ponoszenia kosztów ich negocjacji,
- pogorszenie pozycji negocjacyjnej Wykonawcy w przyszłych postępowaniach oraz relacjach z dostawcami mediów."

W ww. uzasadnieniu Przystępujący zawarł wyłącznie oświadczenia/deklaracje, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą. Przystępujący przykładowo: nie wykazał, na czym polega jego „przewaga konkurencyjna” wynikająca z „kalkulacji kosztów oraz alokacji budżetu mediowego”, „autorski sposób kalkulacji”, czy z czego miałyby wynikać pogorszenie jego pozycji negocjacyjnej w przyszłych postępowaniach i w relacjach z dostawcami mediów, jaki ma to w ogóle związek z ujawnieniem wyjaśnień rażąco niskiej ceny (pomijając, że w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, poza określonymi trybami, negocjacje i tak są co do zasady niedozwolone – art. 223 ust. 1 ustawy Pzp). Cała ww. argumentacja sprowadza się do przedstawienia szeregu ogólników, z których w ogóle nie wynika, na czym polega rzeczywista wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji. Izba nie zgadza się też z argumentem, jakoby po zapoznaniu się z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny i załącznikami do nich inni wykonawcy będą mogli żądać od firm współpracujących z Przystępującym takich samych warunków współpracy i uzyskać je (pomijając, że argument ten został podniesiony dopiero na rozprawie, więc jest spóźniony). Przede wszystkim Przystępujący nie wykazał, że na rynku obowiązują jakieś inne warunki, niż te które są dostępne jemu, a ponadto nie istnieje żaden przepis prawa, który nakazywałby jego kooperantom przystawać na takie same warunki współpracy jakie mają z nim. Przystępujący sam zresztą pisze, że warunki te są „wypracowane”, więc nie ma ryzyka, że inni wykonawcy dostaną je od razu bez koniecznego „wypracowania”. Izba nie widzi zatem w ww. uzasadnieniu żadnej informacji i argumentu, który miałby stanowić „wykazanie” wartości gospodarczej.

Z kolei w zakresie zachowania poufności Przystępujący wskazał: „Zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż: (...)

- nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne dla podmiotów działających w tej samej branży.

(...) Wykonawca podejmuje realne działania w celu zachowania poufności tych informacji, w szczególności:

- ogranicza dostęp do nich wyłącznie do upoważnionych pracowników,
- stosuje środki organizacyjne i techniczne zabezpieczające dane,
- zawiera zobowiązania do zachowania poufności (NDA) z pracownikami oraz kontrahentami.

Wykonawca wskazuje, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Przystępujący ponownie ograniczył się do przedstawienia ogólnikowych oświadczeń/deklaracji. Nie wykazał, na czym konkretnie polegają wspomniane środki organizacyjne i techniczne zabezpieczające dane, jakiego rodzaju są to dane, w jaki konkretny sposób ogranicza do nich dostęp upoważnionym pracownikom. Poza tym Przystępujący nie dołączył żadnych dowodów na istnienie ww. środków i ich rzeczywiste obowiązywanie. Nie wiadomo zatem, czy w ogóle jakiegokolwiek środki/sposoby zachowywania poufności są faktycznie stosowane u Przystępującego. Nie można zatem uznać, że Przystępujący „wykazał” zachowywanie zastrzeżonych informacji w poufności.

Przystępujący dołączył natomiast do swojego pisma procesowego z 27.05.2026 r. dokumenty mające potwierdzać spełnienie przez niego ww. wymogu. Izba nie dokonuje jednak ich oceny, ponieważ dowody w tym zakresie powinny być złożone Zamawiającemu wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast na obecnym etapie są one już spóźnione.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, a tym samym nie wykazał zasadności objęcia zastrzeżonych przez siebie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Należy zresztą zauważyć, że udostępniając Odwołującemu w dniu 18.05.2026 r. część zastrzeżonych dokumentów, Zamawiający w istocie przyznał, że poprzednio bezzasadnie zaniechał ich ujawnienia (pomijając w tym miejscu, że udostępnił je w wadliwy sposób, o czym wyżej). Ponadto Odwołujący, mimo braku dostępu do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, słusznie postawił zarzuty dotyczące niezasadnego zastrzeżenia tegoż uzasadnienia, niezasadnego zastrzeżenia całych dokumentów zamiast konkretnych informacji, jak też słusznie wskazał, że zawarte w uzasadnieniu ogólnikowe oświadczenia nie stanowią wykazania wartości gospodarczej i brak dowodów nie pozwala na uznanie, że doszło do wykazania zachowywania poufności.

Izba uznała zatem zarzut nr 1 za zasadny i uwzględniając odwołanie nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez Przystępującego i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Końcowo Izba wskaże na treść Informacji Rocznej Krajowej Izby Odwoławczej za 2024 r., w której tematyka tajemnicy przedsiębiorstwa również została poruszona - (str. 20).

Izba nie rozpoznała zarzutu nr 2 dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny, ponieważ zarzut ten został postawiony jako ewentualny, tylko na wypadek oddalenia zarzutu nr 1. Skoro jednak zarzut nr 1 został uwzględniony, nie ma podstaw do rozpoznania zarzutu nr 2. W konsekwencji Izba nie oceniała również dowodów złożonych przez Strony i Przystępującego, gdyż dotyczyły one zarzutu nr 2.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca