

WYROK

z dnia 8 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska  
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2022 r. przez wykonawcę M. M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. M. P. ABAPEST Zakład Deratyzacji Dezynsekcji i Dezynfekcji, ul. L. Rydygiera 13/112, 01-793 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi, ul. Lutomierska 108/112, 91-048 Łódź,

przy udziale wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. S. "Ptasznik" Zakład Specjalistyczny DDD, al. Piłsudskiego 101, 92-333 Łódź, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 1.3. ujawnienie wyjaśnień ceny z 8 i 17 grudnia 2021 r. wraz z załącznikami złożonych na wezwanie zamawiającego przez A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. S. "Ptasznik" Zakład Specjalistyczny DDD, al. Piłsudskiego 101, 92-333 Łódź;

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego: Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi na rzecz odwołującego: M. M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. M. P. ABAPEST Zakład Deratyzacji Dezynsekcji i Dezynfekcji kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu uiszczanego przez odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonywanie usług dezynfekcji, dezynsekcji, deratyzacji w obiektach i radiowozach Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi oraz jednostkach jej podległych”, numer referencyjny: FZ-2380/32/21/KK. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 9 września 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00175299/01.

Zamawiający 19 stycznia 2022 r. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Zakład Specjalistyczny DDD „PTASZNIK” (dalej: „wykonawca Ptasznik”). W terminie ustawowym wykonawca M. M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ABAPEST Zakład Deratyzacji Dezynsekcji i Dezynfekcji w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ustawa ZNK”) poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę „Ptasznik” jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć Wykonawca ten nie dochował podstawowych obowiązków ustawowych dla wykazania, że przedmiotowe informacje faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym jest jawna i powinna zostać uznana przez Zamawiającego jako podlegająca udostępnieniu;
- 2) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, w szczególności poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę „Ptasznik” jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 3) art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty, która nie została wybrana zgodnie z kryteriami oceny ofert, gdyż Zamawiający nie zweryfikował należyście kryterium ceny, a nawet więcej, uniemożliwił wykonanie takiej weryfikacji przez pozostałych wykonawców zainteresowanych postępowaniem, w tym Odwołującemu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości, zaś samo zamówienie zostało udzielone wykonawcy z pogwałceniem przepisów ustawy Pzp.

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

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem uznania przez Zamawiającego treści informacji zastrzeżonych przez wykonawcę „Ptasznik”, jako informacji jawnych, podlegających udostępnieniu, a w konsekwencji udostępnienie Odwołującemu treści obu wyjaśnień wyliczenia ceny oraz dowodów złożonych przez wykonawcę „Ptasznik” w zakresie uznanym przez Zamawiającego, jako skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.
- 3) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że 30 listopada 2021 r. Zamawiający skierował do wykonawcy Ptasznik wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Wyjaśnienia nie zostały udostępnione Odwołującemu. 13 grudnia 2021 r. Zamawiający skierował do wykonawcy Ptasznik wezwanie do złożenia kolejnych wyjaśnień. Wezwanie to zostało udostępnione Odwołującemu. Wezwanie to zawierało pytania dotyczące szeregu błędów oraz nieścisłości w pierwszych wyjaśnieniach. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu odpowiedzi na wezwanie. W przypadku obu wyjaśnień, Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokument wykonawcy Ptasznik, stanowiący uzasadnienie zasadności zastrzeżenia wyjaśnień. Wykonawca Ptasznik przedstawił dwukrotnie takie samo uzasadnienie. 20.01.2022 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przekazanie dokumentacji postępowania. Z odpowiedzi z 21.01.2022 r. wynika, że po dokonanej analizie, Zamawiający uznał, że zastrzeżenie wyjaśnień elementów cenotwórczych przez wykonawcę Ptasznik, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest zasadne, w związku z czym odmówił ich udostępnienia.

Zdaniem Odwołującego zarówno pierwsze jak i drugie wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Ptasznik. Informacje te nie zostały skutecznie zastrzeżone. Przedstawione uzasadnienia zasadności zastrzeżenia są lakoniczne, nie odnoszą się do wszystkich ustawowych przesłanek, a co najistotniejsze nie zostały poparte żadnymi dowodami. Część zastrzeżonych informacji została także upubliczniona w treści drugiego wezwania Zamawiającego (pytania wskazują np. z jakich płynów korzysta wykonawca Ptasznik). Przedstawione uzasadnienie stanowi szablon, który może zostać wykorzystany w dowolnym postępowaniu. Odwołujący zauważył, że uzasadnienie w żaden sposób nie precyzuje jakie konkretne informacje stanowią tajemnicę, odnosi się ogólnie do wyjaśnień jako całości. Samo wskazanie, że cały dany dokument lub informacja są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest wystarczające dla uznania, że spełniają wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Punkty dotyczące braku ujawnienia informacji do wiadomości publicznej oraz czynności podjętych w celu zachowania poufności stanowią jedynie bardzo ogólne twierdzenia. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. KIO 9/20) „Podkreślić należy, iż ratio legis ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Czynność Zamawiającego uznania zastrzeżenia ustanowionego przez wykonawcę Ptasznik, jako uzasadnionego stoi w sprzeczności z zasadą jawności i ustawowymi wyjątkami od tej zasady, wskazanymi w prawie. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do ustawy ZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Informację można uznać za chronioną na podstawie przepisów tej ustawy wówczas, gdy spełnione są wszystkie wymienione w nim warunki. W dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, formuluje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny - informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą, oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonej grupie osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia przez Zamawiającego nie mogło więc opierać się wyłącznie na przekonaniu wykonawcy Ptasznik i uznaniu złożonego uzasadnienia za zdanie własne, lecz wymagało od Zamawiającego odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcia tajemnicy

przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej - jak to czyni wykonawca Ptasznik - subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby, z istoty rzeczy, nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna. Obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca, czemu jednak wykonawca Ptasznik nie sprostał. Uzasadnienie złożone przez tego wykonawcę ma charakter ogólny, nie odnosi się do poszczególnych informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach, w stosunku do których wykonawca nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej. Ponadto, zdaniem Odwołującego wykonawca ten nie wykazał, iż zostały spełnione przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Ptasznik odnosząc się do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji wskazał lakonicznie, że informacje „stanowią know-how

Wykonawcy”. Zdaniem Odwołującego formułując tak ogólnikowe i niezwykle lakoniczne twierdzenia, wykonawca Ptasznik nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, nie odnosi się do poszczególnych informacji/dokumentów/dowodów zawartych w wyjaśnieniach. Wykonawca Ptasznik nie wykazał w jaki sposób zastrzeżone informacje mogą posłużyć podmiotowi konkurencyjnemu do osłabienia pozycji wykonawcy na rynku. Wykonawca Ptasznik nie wyjaśnił, w jaki sposób informacja o kalkulacji do wykonania tego konkretnego zamówienia, mogłaby być wykorzystana przez innego wykonawcę.

Zdaniem Odwołującego zastrzeżone informacje nie identyfikują żadnych metod działania wykonawcy, które mogłyby być wykorzystane przez konkurencyjnych wykonawców. Dane te są szacunkami, dotyczącymi konkretnych pozycji, w tym konkretnym postępowaniu, przy uwzględnieniu konkretnych wymagań Zamawiającego. Elementem postępowania przetargowego i zasady jawności jest właśnie prawo innych wykonawców do weryfikacji szacunków przyjętych przez konkurentów. Narzędzie to stanowi jeden z elementów gwarantujących wybór oferty, w której koszty realizacji zamówienia zostały prawidłowo skalkulowane, co przekłada się na późniejszym etapie na prawidłową realizację zamówienia. Informacje zastrzeżone przez wykonawcę Ptasznik nie zawierają żadnej strategii realizacji zamówienia, gdyż dotyczą one realizacji konkretnego zamówienia, w którym brak jest elementów podlegających swobodnej ocenie wykonawców. Dla Odwołującego nie jest również jasne, w jaki sposób inni wykonawcy mieliby zweryfikować swoje założenia materiałowe, logistyczne czy robocizny, skoro dotyczą one konkretnego postępowania. W ocenie Odwołującego, poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny, co do zasady nie mogą zostać utajnione. Skoro jest to cena w postępowaniu, w rozbiciu na bardziej szczegółowe koszty, to nie można mówić, że cena ta stanowi tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców (co wyraźnie widać w niniejszym postępowaniu, gdzie w drugim kryterium wszyscy wykonawcy zaoferowali taki sam, maksymalny termin płatności), w ocenie Odwołującego, nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca zastrzegł swoją kalkulację cenową, która przedstawia właśnie kalkulację zaproponowanej ceny, przyjętą na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem elementów wynikających z SWZ, znanych wszystkim wykonawcom. Nie sposób uznać, że na skutek ujawnienia liczby przewidzianego do realizacji zamówienia osób, ilości pracowników niepełnosprawnych, czy wysokości kosztów robocizny, mogłoby dojść do utraty pozycji rynkowej wykonawcy. Każdy z uczestników postępowania przyjmuje różnego rodzaju założenia oraz sporządza kalkulacje w zależności od posiadanych zasobów czy kręgu dostawców. Jest więc mało prawdopodobne by jakikolwiek inny wykonawca mógł skorzystać z kalkulacji wykonawcy, bowiem taka kalkulacja kształtowania jest w zależności od dostępnych dla każdego wykonawców zasobów i warunków realizacji konkretnego zamówienia.

Następnie Odwołujący stwierdził, że jeżeli w ramach wyjaśnień wykonawca Ptasznik załączył faktury czy rachunki, to takie dokumenty księgowe również muszą być w stosowny

sposób uzasadnione, a wykonawca Ptasznik nie wykazał jaką mają one obiektywną wartość gospodarczą i w jaki sposób ujawnienie takich dokumentów mogłoby spowodować jakąś bliżej określoną szkodę dla wykonawcy. Ewentualne faktury przedstawiają jednostkowo ceny nabycia określonego materiału czy też innych elementów i mają charakter historyczny, zatem trudno sobie wyobrazić, w jaki sposób inni wykonawcy mieliby skorzystać z danych zawartych w takich dokumentach. To, że określona informacja ma charakter finansowy, techniczny, jest związana z prowadzonym przez wykonawcę przedsiębiorstwem nie kwalifikuje jej automatycznie jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odniesieniu do wykazywanych ewentualnych kosztów, Odwołujący wskazał, że koszty ogólne stanowią stały element działalności gospodarczej. Jednakże, przyjęte koszty mają charakter standardowy, a zatem nie korzystają z możliwości objęcia ich wyjątkiem od zasady jawności. Również przyjęte stawki wynagrodzenia odzwierciedlają stawki rynkowe, które nie powinny tym samym być niższe niż minimalne wynagrodzenie ustawowe, a tym samym co do zasady nie stanowią elementu poufnego. Zdaniem Odwołującego, w kontekście jawnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i przysługującego innym wykonawcom prawa do weryfikacji cen za realizację zamówienia zaproponowanych przez innych wykonawców, nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa każdego dokumentu złożonego przez wykonawcę Ptasznik wraz z wyjaśnieniami i to w całości, tylko w oparciu o fakt, że jest składany na wezwanie do wyjaśnienia ceny ustawowo obciążonej domniemaniem ceny rażąco niskiej. Koniecznym było wykazanie przez wykonawcę, jakie konkretne informacje zastrzeżone mogą być wykorzystane poza ramami konkretnego postępowania, i w jaki sposób mogą narazić wykonawcę na straty finansowe, utratę pozycji rynkowej. Takich okoliczności próżno szukać w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca Ptasznik nie wskazał na choćby hipotetyczne sytuacje, możliwości wykorzystania danych zawartych w zastrzeżonych informacjach w sposób godzący w jego prawnie chroniony interes, co jedynie potwierdza, że takiego prawnie chronionego interesu wykonawca Ptasznik nie posiada. Utożsamianie obiektywnej wartości gospodarczej z możliwością utraty zamówienia z powodu zakwestionowania przez innych wykonawców rzetelności kalkulacji cenowej zamówienia nie stanowi obiektywnej wartości gospodarczej podlegającej ochronie. Gdyby tak szeroko rozumieć zakres ochrony wynikający z art. 11 ustawy ZNK, to narzędzie to służyłoby wykonawcom do uniemożliwienia innym podmiotom weryfikacji ich rzetelności, co, zdaniem Odwołującego, byłoby nieuprawnione, szczególnie w świetle zasad wynikających z art. 18 ustawy Pzp. Celem art. 11 ust. 2 ustawy ZNK nie jest ukrywanie przed innymi przedsiębiorcami informacji niezbędnych do weryfikacji poprawności kalkulacji ceny za realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania wyrażona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp ma w tym zakresie nadrzędny charakter.

Odwołujący wskazał, że choć w orzecznictwie przyjmuje się, że wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny co do zasady, mogą zawierać informacje, które dla danego wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to jednak informacje wskazane przez wykonawcę Ptasznik wychodzą poza zakres danych, które potencjalnie mogą stanowić informacje poufne. W wyroku z 10 października 2019 r. sygn. akt KIO 1878/19, w którym Izba uznała, że „Trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa ceny oferowane w postępowaniu - chociażby cenę dotyczącą robociznogodziny i jej poszczególnych składowych. Cena zaoferowana w postępowaniu jest elementem jawnym, zatem sposób jej obliczenia nie może stanowić tajemnicy. Zastrzeżenie w niniejszym postępowaniu (dotyczące rażąco niskiej ceny) zostało dokonane dla całości złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Nawet gdyby uznać, że istnieją jakiegokolwiek fragmenty wyjaśnień, które mogłyby zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, to Przystępujący miał możliwość anonimizacji części tych wyjaśnień”.

Odwołujący wskazał, że ogólność twierdzeń wykonawcy Ptasznik nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca ten wykazał spełnienie warunków określonych w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. W złożonych uzasadnieniach wykonawca Ptasznik powtarza, że zastrzeżone informacje nie zostały wcześniej przekazane od wiadomości publicznej, wskazuje na wdrożone w swoim przedsiębiorstwie rozwiązania, jednakże każde z tych twierdzeń pozostaje gołosłowne. Wykonawca Ptasznik mógłby dowolnie rozbudowywać tę część swoich deklaracji, lecz i tak skutek byłby taki sam jak obecnie oraz taki sam, jakby w tym zakresie nie zostało nic napisane - gołosłowne twierdzenia pozostają gołosłowne, zaś obowiązkiem wykonawcy jest nie tylko faktycznie podjąć działania protekcyjistyczne względem poufnych informacji, lecz również wykazać, że takie działania się podjęło. Tymczasem, brak w tym zakresie jakichkolwiek dowodów potwierdzających wdrożenie rozwiązań systemowych czy ograniczenie dostępu do zastrzeżonych informacji do określonej grupy osób. Wykonawca nie przedstawiał listy osób, którym zastrzeżone informacje zostały udostępnione, nie przedstawił dla tych właśnie osób odpowiednich zobowiązań do zachowania informacji w poufności. Nie złożył nawet blankietowej umowy o zachowanie poufności (choć w świetle orzecznictwa KIO takie blankietowe dowody nie są dowodem wystarczającym). Nie ma żadnego dowodu na potwierdzenie, że umowę taką (rzeczona NDA) zawarły osoby, którym zostały udostępnione zastrzeżone informacje. Nieuprawnione jest stanowisko Zamawiającego, że informacje zawarte w wyjaśnieniach podlegają ochronie

tylko dlatego, że wykonawca Ptasznik głośłownie zadeklarował, że nie były ujawnione publicznie i są należycie chronione. Sam fakt zadeklarowania poszczególnych działań nie czyni danych informacji poufnymi, gdyż deklaracje mogą nie mieć żadnego odzwierciedlenia w rzeczywistości. Zaś niemożność weryfikacji oświadczeń wykonawcy Ptasznik czyni te oświadczenia niewiarygodnymi. Nawet jeśli przyjąć, że konkretny wycinek ze złożonych dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz nawet jeżeliby przyjąć za prawdziwe stanowisko wykonawcy Ptasznik, że żaden z konkurentów nie miał dostępu do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, to okoliczności te same w sobie nie uzasadniałyby uznania całego dokumentu wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznaczałoby to możliwość zastrzegania przez wykonawców wszelkich informacji w drodze czynności kwalifikowanej poprzez zamieszczenie klauzuli "tajemnica przedsiębiorstwa" w treści wyjaśnień. Takich jednak okoliczności wykonawca Ptasznik nie wykazał, wskazując ogólnie przepisy ustawy ZNK. Prawdopodobność interpretacji powyższych działań, do celów uznania, iż wykonawca Ptasznik nie podjął we właściwym czasie i trybie stosownych kroków w celu zachowania w poufności przedmiotowych informacji, potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone w przywołanych orzeczeniach: wyroku z dnia 12 kwietnia 2019 r., KIO 532/19 oraz z 5 października 2021r., sygn. KIO 2427/21.

Zdaniem Odwołującego wadliwe działanie Zamawiającego nie ma charakteru czysto teoretycznego, lecz z uwagi na wybór oferty wykonawcy Ptasznik jako najkorzystniejszej, naruszenia te doprowadziły do dalszych czynności niezgodnych z przepisami ustawy. Mianowicie, bez umożliwienia konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji rzetelności wyjaśnień wykonawcy Ptasznik, a tym samym bez pozostawienia sobie możliwości poznania zdania innych profesjonalnych przedsiębiorców, których ceny w drastyczny sposób odbiegają od kalkulacji wykonawcy Ptasznik, Zamawiający dokonał wyboru oferty z ceną, podlegającą obligatoryjnym wyjaśnieniom, z uwagi na ustawowe obarczenie jej domniemaniem ceny rażąco niskiej. Tym samym, Zamawiający nic nie ujawniając i niejako zastanawiając się uzasadnieniem wykonawcy Ptasznik, wybrał ofertę prawie dwukrotnie tańszą od średniej cen pozostałych ofert. Patrząc na lapidarność i brak jakichkolwiek dowodów złożonych w ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że wyjaśnienia czynników cenotwórczych są równie lapidarne, głośłowne, a tym samym nie obalają domniemania ceny rażąco niskiej.

Pismem z 3 lutego 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że nie zgadza się z argumentacją przedstawioną w odwołaniu i podtrzymuje zasadność zastrzeżenia dokumentów obejmujących wyjaśnienia ceny wykonawcy Ptasznik, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, oraz podtrzymuje dokonane czynności oceny ofert i wyboru oferty z dnia 17.01.2022 r.

Zamawiający stwierdził, że dokonał wszystkich czynności ze świadomością regulacji obejmujących: definicję „tajemnicy przedsiębiorstwa” - zawartą w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; zasadę jawności postępowań w sprawie udzielenia

zamówienia publicznego - zawartą w art. 18 ustawy Pzp i wąskie rozumienie dopuszczalności ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia wyłącznie do przypadków określonych w ustawie. Zamawiającemu znane jest również orzecznictwo Izby dotyczący zasadności ograniczeń dostępu do dokumentów postępowań obejmujących tajemnicę przedsiębiorstwa. Gros wyroków zapadało jednak w stanach faktycznych, gdzie o udzielenie zamówienia ubiegali się wykonawcy prowadzący działalność znacznych rozmiarów, o skomplikowanej strukturze organizacyjnej i licznym zatrudnieniu, wymagających stosowania wykazywanych i adekwatnych środków i metod działania zabezpieczających nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa osobom trzecim (przykładowo: regulaminy, dostęp i zabezpieczenie systemów komputerowych i nośników informacji, umowy o zakazie konkurencji i o zachowaniu poufności). W przedmiotowym postępowaniu występuje specyficzna sytuacja faktyczna dotycząca prowadzenia działalności przez A. S., która spowodowała, że w ocenie Zamawiającego zaistniały przesłanki uzasadniające nieudostępnienie informacji zastrzeżonych przez tego Wykonawcę. Prowadząc jednoosobową działalność gospodarczą i wykonując usługi wyłącznie osobiście, bez pomocy osób trzecich (co Zamawiającemu jest wiadome z działalności urzędowej) wykonawca A. S. jest jedyną osobą posiadającą dostęp do informacji, związanych z procesem przygotowywania oferty i kalkulacji cen. W takich okolicznościach wykonawca A. S. nie dysponuje materialnymi, „namacalnymi” sposobami wykazania, że podjął działania mające za przedmiot „nieupublicznienie” zastrzeżonych informacji. Żądanie przez Zamawiającego okazania dokumentów dotyczących tajemnic jego przedsiębiorstwa musiałoby budzić co najmniej zdziwienie. Informacje posiada tylko właściciel firmy i sam nimi rozporządza. Nie oznacza to jednak, że dane którymi dysponuje funkcjonując na rynku usługowym, nie stanowią jego know-how. Okoliczność, że określone dane posiada („w głowie”), sprawuje nad nimi kontrolę wyłącznie jednoosobowy przedsiębiorca, a w konsekwencji nie może

udowodnić przyjęcia materialnych środków ochronnych względem nich, nie pozbawia tych danych przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa. Założenia kalkulacji pozyskane przez konkurenta czyniłoby działania wykonawcy przewidywalnymi, utajniając zaś treść złożonych dokumentów A. S. zmierzał do zachowania swojej pozycji rynkowej. Sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu prac, co wykonawca wyjaśnił w wyjaśnieniach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jest efektem zdobytego przez niego know-how, wypracowania w ciągu wielu lat, strategii działania, poprzez świadczenie usług m. in. na rzecz KWP w Łodzi, w obiektach w całym garnizonie. Powyższe dane stanowią informację publiczną i nie mogą stanowić argumentu na okoliczność przyznawania A. S. przez Zamawiającego jakichkolwiek preferencji w postępowaniu. Zakładany zysk i wyjaśnienia wskazujące jakie preparaty, w jakich ilościach, wskazane sposoby oszczędności przy kalkulacjach cen, stanowią właśnie tajemnicę przedsiębiorstwa tego Wykonawcy, posłużyły wykonawcy do stworzenia indywidualnej, unikalnej kalkulacji w poszczególnych powiatach, na potrzeby rzeczonoego postępowania.

Zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczą kalkulacji cen jednostkowych usług objętych przedmiotem zamówienia, w odniesieniu do których Zamawiający w SWZ nie określał żadnych warunków, w tym osobowych, sprzętowych lub materiałowych. Wykonawcy mieli skalkulować te usługi wyłącznie na podstawie własnego doświadczenia, a nie na podstawie konkretnych wymagań Zamawiającego. Przystępujący oświadczył, że informacje zawarte w wyjaśnieniach i załącznikach do wyjaśnień nie są znane ogółowi zainteresowanych osób oraz nie mogą zostać uzyskane przez kogokolwiek w zwykłej, dozwolonej prawem drodze, a w szczególności osobom i podmiotom, które ze względu na wykonywaną działalność gospodarczą są zainteresowane ich posiadaniem. Tego rodzaju przesłanki stanowią istotę uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/2000). W powyższym zakresie pogląd Zamawiającego znajduje oparcie w wyrokach KIO: z dnia 14 maja 2013 r. sygn. KIO 908/13 i z dnia 5 marca 2021 r. sygn. KIO 222/21. W uzasadnieniu drugiego z nich Izba wywodzi: Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter organizacyjny, jeśli stanowi element całokształtu doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (patrz: wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12). Pojęcia te (informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa) powinny być

rozumiane szeroko (...) Do tajemnic przedsiębiorstwa zalicza się również tzw. poufne know-how, w tym zarówno know-how produkcyjne, jak i know-how handlowe" (M. Uliasz, Przestępstwo naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Monitor Prawniczy nr 22/2001). Informacja taka nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może ona być znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane wejściem w jej posiadanie. Zdaniem Zamawiającego nie ma on obowiązku ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko z tego względu, żeby konkurujący wykonawca mógł zweryfikować te informacje pod kątem ewentualnego postawienia zarzutów wobec danej oferty.

Wyjaśnienia dotyczące kalkulacji cen jednostkowych oferty zawierają szczegółowe informacje, które posiadają wartość gospodarczą, a tym samym podlegają ochronie jako

tajemnica przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje obejmują szczegółowe wyjaśnienie (...) kwestii związanych z obniżeniem kosztów, a także zysku wykonawcy. Sposób kalkulacji ceny w zakresie kosztów poszczególnych składników cenotwórczych określonego wykonawcy należy zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Dane przyjęte przez Przystępującego do kalkulacji cen jednostkowych nie są powszechnie dostępne konkurującym wykonawcom i nie są możliwe do ustalenia.

Zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez Przystępującego na żądanie Zamawiającego w celu wykazania, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, w ocenie Izby, należy zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (patrz: wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia, tu: nie dotyczy) spełniają przesłanki uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią know-how przedsiębiorstwa, jako posiadające wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Ujawnienie tych informacji, na gruncie przedmiotowego postępowania może wywołać negatywne dla Przystępującego konsekwencje, m.in. podmioty konkurencyjne mogą osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem szczegółów dotyczących rozwiązania oferowanego przez Przystępującego. Przyjęte technologie, metody wykonania zamówienia wynikające z wiedzy i doświadczenia wykonawcy niewątpliwie stanowią informacje o charakterze technologicznym,

(...) i mogą one stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Żaden przepis nie wymaga od wykonawcy przedstawienia konkretnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca zastrzega, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, określone informacje zawarte w dokumentach lub oświadczeniach składanych po otwarciu ofert to wówczas dopiero, w tym właśnie dokumencie lub oświadczeniu, powinno się znaleźć stosowne zastrzeżenie o objęciu zawartych w nich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W przedmiotowej sprawie tak uczynił wykonawca - składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro wykonawca odpowiadając na wezwanie zamawiającego, złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, zastrzegł w ich treści, że informacje te wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to zastrzeżenie to zostało złożone w terminie przewidzianym na jego złożenie i Wykonawca złożył je skutecznie. Użyte w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wyrażenia „zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane” oraz „wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć szeroko ujęte dowody, a ustawodawca nie wskazuje żadnego katalogu środków dowodowych. Dowodem jest w tym przypadku złożone przez Wykonawcę oświadczenie uzasadniające, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Tajemnicę przedsiębiorstwa może stanowić również treść faktur, jeżeli ich ujawnienie mogłoby mieć wpływ na sytuację ekonomiczną wykonawcy, jakkolwiek nie muszą mieć same w sobie wartości gospodarczej (zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 26 października 2017 r., IV SA/Po 571/17). Warto zauważyć, że treść faktury obrazuje wielkość świadczonych usług, a także źródła zaopatrzenia i zbytu. W postanowieniu z dnia 30 października 1996 r., XVII Amz 3/96 Sąd Antymonopolowy uznał, że dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

W podsumowaniu Zamawiający stwierdził, że wykonawca A. S. właściwie wykazał zasadność zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a zastrzeżone przez niego informacje spełniają wymogi „tajemnicy przedsiębiorstwa”. Zastrzeżone informacje mają wartość handlową, bowiem ich bezprawne pozyskanie, wykorzystanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla jego interesów, w szczególności zdolności do konkurencji na rynku.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. S. "Ptasznik" Zakład Specjalistyczny DDD (dalej również: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się jego uczestnikiem.

W pisemnym stanowisku z 7 lutego 2022 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska zarzucił, że w zarzutach nr 1 i 3 Odwołujący odwołuje się do ustępów art. 16 ustawy Pzp podczas gdy zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania w udzielenie zamówienia wymienione zostały w punktach, a nie ustępach. Nadto stwierdził, że zarzuty odwołania zostały postawione zbyt wąsko. Odwołujący nie wskazał bowiem wpływu zarzucanego naruszenia na wynik postępowania, nie postawił zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w szczególności na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 czy pkt 10 ustawy Pzp, zaś zarzut naruszenia art. 239 ust. 2 ustawy Pzp jest zarzutem abstrakcyjnym. Przystępujący stwierdził, że trudno zrozumieć sens wyводу Odwołującego, który z braku udostępnienia mu treści wyjaśnień ceny Przystępującego wywodzi, że Zamawiający tych wyjaśnień nie weryfikował. W ocenie Przystępującego wnioski odwołania nie przystają do treści zarzutów, bowiem wykraczają poza postawione zarzuty.

Pismem z 7 lutego 2022 r. Odwołujący przedstawił swoje stanowisko odnośnie twierdzeń Zamawiającego, zawartych w odpowiedzi na odwołanie, stwierdzając m.in., że Przystępujący nie dochował wymogów związanych z zachowaniem informacji w poufności.

Zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia - w przypadku gdy dokumenty elektroniczne w

postępowaniu lub konkursie, przekazywane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy

z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913),

wykonawca, w celu utrzymania w poufności tych informacji, przekazuje je w wydzielonym i odpowiednio oznaczonym pliku. Analogiczne wymagania wynikają z pkt 15.8 SWZ, w którym

wskazano, iż „wykonawca ma obowiązek oznakowania i oddzielenia części zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa od części jawnej składanej oferty”. Przystępujący nie dochował wskazanych wyżej wymogów, bowiem przekazał w postępowaniu jeden dokument elektroniczny zawierający część jawną (uzasadnienie zastrzeżenia informacji) oraz część zastrzeżoną (wyjaśnienia z dowodami). Przystępujący nie podjął zatem niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Odwołujący wskazał, iż przedmiotowa argumentacja jest wynikiem sposobu przekazania przez Zamawiającego uzasadnienie zastrzeżenia informacji tj. przekazania niepodpisanego elektronicznie skanu wydrukowanych dokumentów (z naniesionym znakiem podpisem). Zamawiający zatem przekazany przez Przystępującego dokument elektroniczny wydrukował, a następnie zeskanował jedynie część dokumentu która została przekazana Odwołującemu. Tego typu działania Przystępującego oraz Zamawiającego są niezgodne z przepisami Rozporządzenia oraz postanowieniami SWZ.

Następnie Odwołujący stwierdził, że Przystępujący niezależnie od charakteru i zakresu zastrzeganych informacji wykorzystuje jeden szablon uzasadnienia zastrzeżenia informacji. W przedmiotowym postępowaniu przetargowym Przystępujący trzykrotnie zastrzegał informacje tj. przedkładając dowody na etapie pierwszego postępowania odwoławczego, składając pierwsze wyjaśnienia ceny wraz z dowodami oraz przedkładając odpowiedź na pytania Zamawiającego dotyczące wyjaśnień ceny. Przystępujący trzykrotnie przedstawił dokładnie to samo uzasadnienie. Działanie to było zupełnie oderwane od charakteru i zakresu zastrzeganych informacji. Przedstawiane uzasadnienie stanowi zatem szablon wykorzystywany stale przez Przystępującego. Przedstawione uzasadnienie nie jest zindywidualizowane i nie odnosi się do konkretnie zastrzeganych informacji. Bezrefleksyjne zakwalifikowanie informacji jako poufnej samo w sobie prowadzi do rażącego naruszenia zasady równego traktowania i przejrzystości wyrażonej w art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/EU (odpowiednio art. 36 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/EU), czy innych obowiązków dotyczących ujawnienia informacji wynikających z Dyrektyw i prawa krajowego. Wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny lub kosztu nie stanowią per se tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym wymagają szczegółowego i skonkretyzowanego uzasadnienia. Powyższe podkreślane jest w szeregu wyroków KIO, uznających takie zastrzeżenie za bezskuteczne, jeżeli nie jest powiązane z odpowiednim wykazaniem zasadności objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa (por. np. wyrok z dnia 23.11.2018 r., KIO 2295/18; wyrok z dnia 10.07.2015, KIO 1377/15). Także sądy okręgowe niejednokrotnie wskazywały na nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień ceny, np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 17.06.2019 r. (XXIII Ga 148/19 - sprawa ze skargi na wyrok KIO z dnia 18.12.2018 r. sygn. akt KIO 2366/18). Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane instrumentalnie jako zagrzywka konkurencyjna. Słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 29.03.2021 r. (KIO 720/21): Zasada jawności postępowania przetargowego musi być ściśle przestrzegana zarówno przez Zamawiającego jak i wykonawców decydujących się na udział w postępowaniu przetargowym. Możliwość weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia przez innych wykonawców stanowi realizację tej zasady i jest gwarancją rzetelnej i obiektywnej analizy ofert innych wykonawców. To zaś w konsekwencji przedkłada się na zapewnienie wyboru wykonawcy, który w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienia i nie będzie w sposób nieuprawniony poszukiwał oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach realizacji zamówienia. Każdy z uczestników postępowania przyjmuje różnego rodzaju założenia oraz sporządza kalkulacje w zależności od posiadanych zasobów czy kręgu dostawców. Jest więc mało prawdopodobne by jakkolwiek inny wykonawca mógł skorzystać z kalkulacji wykonawcy, bowiem taka kalkulacja kształtowania jest w zależności od dostępnych dla każdego wykonawców zasobów i warunków realizacji konkretnego zamówienia. Przystępujący nie wykazał, że dowody załączone do wyjaśnień mają obiektywną wartość gospodarczą i w jaki sposób ujawnienie takich dokumentów mogłoby spowodować jakąś bliżej określoną szkodę dla wykonawcy. Dowody te, nie zostały prawdopodobnie w żaden sposób oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dowody te nie zostały w żaden sposób opisane w uzasadnieniu. To, że określona informacja ma charakter finansowy, techniczny, jest związana z prowadzonym przez wykonawcę przedsiębiorstwem nie kwalifikuje jej automatycznie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gdyby przyjąć tak szerokie rozumienie tego pojęcia, wszystko co związane z przedsiębiorstwem mogłoby być uznane subiektywnie przez wykonawcę za tajemnicę przedsiębiorstwa. Subiektywne przeświadczenie wykonawcy, że określone informacje mają dla niego wartość gospodarczą nie uzasadnia zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak Izba wskazała wielokrotnie, wykonawca jest zobowiązany wykazać jakie konkretne informacje zastrzeżone przez niego w wyjaśnieniach mogą spowodować negatywne konsekwencje w działalności spółki, narazić wykonawcę na jakież bliżej określone straty finansowe czy utratę pozycji rynkowej. Jest wiedzą powszechną, że wykonawcy ponoszą określone koszty związane z prowadzoną działalnością, w tym koszty leasingu sprzętu, koszty energii, opłaty za dzierżawę łącz i inne. Koszty te stanowią stały element działalności gospodarczej. W kontekście jawnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i przysługującego innym wykonawcom prawa do weryfikacji cen za

realizację zamówienia zaproponowanych przez innych wykonawców, nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niemal każdego dokumentu składnego przez wykonawców z wyjaśnieniami tylko w oparciu o czynność kwalifikowaną wykonawcy. Koniecznym jest wykazanie przez wykonawcę jakie konkretne informacje zastrzeżone mogą być wykorzystanie poza ramami konkretnego postępowania, a w jaki sposób mogą narazić wykonawcę na straty finansowe, utratę pozycji rynkowej. Takich okoliczność Przystępujący nie zawarł w treści uzasadnienia. Nie wskazał na choćby hipotetyczne sytuacje, możliwości wykorzystania danych zwartych w wyjaśnieniach i dowodach. Odwołujący podkreśla, że utożsamianie obiektywnej wartości gospodarczej z możliwością utraty zamówienia z powodu zakwestionowania przez innych wykonawców rzetelności kalkulacji cenowej zamówienia nie stanowi obiektywnej wartości gospodarczej podlegającej ochronie. Gdyby tak szeroko rozumieć zakres ochrony wynikający z art. 11 UZNK, to narzędzie to służyłoby wykonawcom do uniemożliwienia innym podmiotom weryfikacji ich rzetelności, co, zdaniem Odwołującego, byłoby nieuprawnione, szczególnie w świetle zasad wynikających z art. 18 ustawy Pzp. Celem art. 11 ust. 2 UZNK nie jest ukrywanie przed innymi przedsiębiorcami informacji niezbędnych do weryfikacji poprawności kalkulacji ceny za realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania wyrażona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp ma w tym zakresie nadrzędny charakter. W orzecznictwie KIO nie budzi też żadnych wątpliwości, że zasada jednoczesnego wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązuje także w przypadku zastrzegania dokumentów składanych na późniejszym etapie postępowania, np. wyjaśnień ceny. Na powyższe wskazano m.in. w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2322/16: „Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że w orzecznictwie ukształtował się pogląd, co oczywiste, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być zawarte również w innych dokumentach składanych przez wykonawców, niż tylko w ofercie czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wtenczas wykonawcy również przysługuje uprawnienie do zastrzeżenia poufności przedmiotowych informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (dla przykładu, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny), jednakże obowiązek wykazania, że rzeczona informacja w istocie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy i winien być spełniony wraz ze złożeniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W aktualnym stanie prawnym ustawodawca więc uznał, że to nie zamawiający ma poszukiwać uzasadnienia dla zastrzeżenia przez wykonawcę poufności określonych informacji, nawet w trybie wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Kluczowe jest więc dla rozstrzygnięcia, czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie, a więc wykazanie przez wykonawcę, że tak w istocie jest. Konsekwencją braku realizacji przedmiotowego obowiązku, albo niewykazanie powołanej okoliczności jest obowiązek odtajnienia przedmiotowych informacji.” Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania przez wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie tylko uzasadnienia. Jak to słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 30 września 2016 r., sygn. akt KIO 1743/16: „jak wynika z powołanego przepisu (tj. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - przyp. Odwołującego) na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.” Analogiczne stanowisko Izba wyraziła również w wyroku z dnia 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15: „Wskazać należy, że zgodnie z znowelizowanym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca zastrzegające określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa jest obarczony ciężarem dowodu wykazania zamawiającemu zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawca ma zatem obowiązek wraz z ofertą udowodnić, przedkładając w tym celu odpowiednie dowody, że dana informacja zasługuje na ochronę.” Z kolei w wyroku z dnia 4 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 84/16, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała wprost, że: „Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać (...) np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności.”

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska

Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że w wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść i poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, należycie zbadałby i ocenił ofertę wykonawcy Ptasznik. W konsekwencji, Zamawiający nie uznałby, iż wskazane przez tego wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa faktycznie dowodzi, że informacje zastrzeżone mają taki walor, oraz że wykonawca Ptasznik podjął działania niezbędne do zachowania tych informacji w poufności. Zamawiający uznałby, że treść wyjaśnień czynników cenotwórczych ceny - jako jawna - podlega udostępnieniu i nie składałby oświadczenia o odmowie ich udostępnienia z uwagi na rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa. Oferta Odwołującego ma realne szanse na wybór jako oferta najkorzystniejsza. Zamawiający ocenił trzy kryteria: cenę - waga 50%, termin płatności - waga 20% oraz czas dojazdu - waga 20%. Z uwagi na fakt, że termin płatności oraz czas dojazdu wszyscy wykonawcy zaoferowali taki sam, to cena ma wpływ na kształtowanie rankingu ofert. Cena oferta wykonawcy Ptasznik wynosi 353 391,30 zł brutto i zdecydowanie odbiega od cen kolejnych oferentów tj. kolejno 514 388,46 zł brutto oraz 840 850,50 zł brutto. Zakładając, że oferta wykonawcy Ptasznik zawiera cenę rażąco niską - co Odwołujący będzie weryfikował i ewentualnie udowadniał, po uzyskaniu wglądu w wyliczenia objęte tajemnicą przedsiębiorstwa - oferta Odwołującego może uzyskać najwyższą ilość punktów i zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu rankingu ofert. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans).

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług dezynfekcji, dezynsekcji, deratyzacji (DDD) w obiektach i radiowozach KWP w Łodzi oraz jednostkach jej podległych - w ilości i częstotliwości zgodnej z potrzebami Zamawiającego. Usługi mają być świadczone według potrzeb Zamawiającego na jego każdorazowe zlecenie, w którym zostanie przez niego ściśle określone miejsce i wyznaczona przez niego powierzchnia.

Jak wynika z zestawienia z otwarcia ofert w postępowaniu zostały złożone trzy oferty z cenami brutto: oferta Przystępującego - 353 391,30 zł; oferta Odwołującego - 514 388,46 zł, oferta Ekspert Service M. R. - 840 850,50 zł.

Pismem z 30 listopada 2021 r. Zamawiający wystąpił do Przystępującego o wyjaśnienia wskazując: Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), w związku z tym, że cena całkowita Państwa oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, wzywa Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty.

I. Zamawiający żąda przedstawienia wyjaśnień skalkulowania ceny oferty, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w których Wykonawca odniesie się do wyliczenia kosztów:

- usługi związanych realizacją przedmiotu zamówienia, a w szczególności użytych środków, materiałów z uwzględnieniem kosztów dojazdu i wynagrodzenia osób biorących udział w realizacji zamówienia i kosztów pracy związanych z zatrudnieniem osób na podstawie umowy o pracę;

Mając na uwadze powyższe prosimy o przedstawienie kalkulacji oferty:

- w podziale na usługi dezynfekcji, dezynsekcji, deratyzacji i dezynfekcji radiowozów

- odnośnie dezynfekcji radiowozu prosimy o przedstawienie wyjaśnień w podziale na poszczególne jednostki

- odnośnie dezynfekcji budynków prosimy o przedstawienie wyjaśnień w szczególności dla n/w jednostek:

- KWP Łódź
- KPP Łódź-Wschód

- KPP Bełchatów

- KPP Brzeziny

- KPP Kutno

KPP Łask

- KPP Łęczycza

- KPP Łowicz

- KPP Opoczno

- KPP Pabianice

- KPP Pajęczno

- KMP Piotrków Trybunalski

- KPP Poddębice

- KPP Radomsko

- KPP Rawa Mazowiecka KPP Sieradz

- KMP Skierniewice

- KPP Tomaszów Mazowiecki

- KPP Wieluń

- KPP Wieruszów

- KPP Zduńska Wola

Zgodnie z art. 224 ust. 4 uPzp Zamawiający żąda, aby w wyjaśnieniach Wykonawca uwzględnił informacje dotyczące:

zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

II. Wskazania pozostałych czynników mających wpływ na wycenę oferty i prawidłową realizację zamówienia jeżeli występowały, np. wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki świadczonych usług, zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wyjaśnienia w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub podpisem zaufanym lub podpisem osobistym należy przesłać w terminie do dnia 08.12.2021 r. do Sekcji ds. Funduszy Pomocowych i Zamówień Publicznych KWP w Łodzi, za pośrednictwem platformy zakupowej IodZ ID postępowania 506004

Przystępujący złożył wyjaśnienia za pismem z 8 grudnia 2021 r., zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnił, Przystępujący podał:

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 listopada 2021 r. do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na wykonywanie usług dezynfekcji, dezynsekcji, deratyzacji w obiektach i radiowozach Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi oraz jednostkach jej podległych Nr postępowania: FZ-2380/32/21/KK w załączeniu przedkładał żądane wyjaśnienia i dowody.

W tym miejscu zastrzegam załączniki do niniejszego pisma (wyjaśnienia i dowody) jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie zastrzeżenia: Zastrzeżone dokumenty obejmują założenia kalkulacji i kalkulację kosztów realizacji zamówienia, stanowiąc pośrednio informację na temat organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy. Sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu prac jest efektem zdobytego przez niego know-how, które wypracował w ciągu wielu lat, świadcząc usługi na rynku, a przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą. Nadto kosztorysy sporządzane są sporządzane z wykorzystaniem doświadczenia Wykonawcy, wiedzy o rynku lokalnym. Założenia kalkulacji pozyskane przez konkurentów czyniłyby działania wykonawcy przewidywalnymi, wykonawca utraciłby wypracowaną pozycję rynkową. To grozi natomiast wymierną szkodą. Pozostałe dokumenty źródłowe również zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa lub dane wrażliwe.

Wykonawca podejmuje bieżące działania chroniące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca dba by informacje nie były upubliczniane, zastrzega ich tajemnicę.

Dokumenty złożone przez wykonawcę obejmują informacje o know-how, dane finansowe, handlowe, techniczne. Każda z informacji wskazanych w wyjaśnieniach ma charakter co najmniej organizacyjny przedsiębiorstwa (1 przesłanka utajnienia). Informacje wskazane w wyjaśnieniach nie zostały dotychczas ujawnione do wiadomości publicznej (2 przesłanka utajnienia). Wyłączny dostęp do większości informacji, kalkulacji cen oraz umów z kontrahentami posiada jedynie Odwołujący. W stosunku do tych dokumentów podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności jak wskazano wyżej (3 przesłanka utajnienia).

Informacje zawarte w treści utajnionych dokumentów mają walor stałości, reprezentatywności, stabilności i są wyznacznikiem statusu oraz kondycji przedsiębiorstwa.

Informacje dotyczące kalkulacji wartości świadczonych usług, w tym kosztów jakie wykonawca ponosi i wysokości marży, na jakiej pracuje, warunków handlowych współpracy z innymi podmiotami stanowią dla firmy wartość handlową i gospodarczą. Znajomość tych informacji dla konkurentów może ułatwić im przewidywanie cen, jakie wykonawca będzie stosować w innych postępowaniach i kalkulowanie odpowiednio niższych cen.

Ujawnienie treści zastrzeżonych dokumentów może wyrządzić szkodę w ramach innych postępowaniach. Wykonawca utajniając treść złożonych dokumentów zmierza do zachowania swojej pozycji rynkowej, zachowania w tajemnicy sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

Kalkulacje poparte są dokumentami źródłowymi.

Załączniki:

- 1) wyjaśnienia;
- 2) dokumenty źródłowe.

Pismem z 13 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego wskazując:

Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 uPzp (tj. Dz. U.

2021 poz. 1129) zwraca się o wyjaśnienie treści złożonych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty w poniżej wskazanym zakresie:

- 1) Czy ceny przedstawione w załączonych fakturach VAT są aktualne w br., bowiem załączone dowody — mają daty wystawienia z 2020 r., czyli są z przed roku?
- 2) Skąd założenia w kalkulacji, że cena 1 litra płynu do dezynfekcji wynosi 3,50 zł, skoro zgodnie z załączonymi fakturami VAT cena płynu do dezynfekcji Active za 5 litrów wynosi 34,99 zł netto, a płynu Voigt Dezopol wynosi 27,99 zł netto za 1 litr?
- 3) Dlaczego w kilku obiektach została skalkulowana inna ilość zużytego płynu do dezynfekcji przyjmując założenie Wykonawcy, że 1 litr płynu dezynfekującego wystarcza na 50 m<sup>2</sup> powierzchni odkażanej?
- 4) Dlaczego koszty zużycia sprzętu + środków ochronnych + pozostałe prowadzonej działalności w kalkulacji dla każdej pozycji były ujęte dwukrotnie? Dlaczego koszty zużycia sprzętu + środków ochronnych + pozostałe prowadzonej działalności za pierwszym razem są tożsame z kosztami zużytego płynu dezynfekującego, a za drugim razem są równe z kosztami paliwa?
- 5) Na jakiej podstawie Wykonawca oszacował ilości wyjazdów przyjęte w poszczególnych pozycjach?

Wyjaśnienia należy złożyć w terminie do dnia 17.12.2021 r. do Sekcji ds. Funduszy Pomocowych i Zamówień Publicznych KWP, ul. Lutomska 108/112, 91-048 Łódź za pośrednictwem platformy zakupowej ; ID postępowania 506004

W odpowiedzi Przystępujący za pismem z 17 grudnia 2021 r. udzielił wyjaśnień zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień, Przystępujący podał:

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 grudnia 2021 r. do udzielenia uzupełniających wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na wykonywanie usług dezynfekcji, dezynsekcji, deratyzacji w obiektach i radiowozach Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi oraz jednostkach jej podległych Nr postępowania: FZ-2380/32/21/KK w załączeniu przedkładam żądane wyjaśnienia.

W tym miejscu zastrzegam załączniki do niniejszego pisma (wyjaśnienia) jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie zastrzeżenia: Zastrzeżone dokumenty obejmują założenia kalkulacji i kalkulację kosztów realizacji zamówienia, stanowiąc pośrednio informację na temat organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy. Sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu prac jest efektem zdobytego przez niego know-how, które wypracował w ciągu wielu lat, świadcząc usługi na rynku, a przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą. Nadto kosztorysy sporządzane są sporządzane z wykorzystaniem doświadczenia Wykonawcy, wiedzy o rynku lokalnym. Założenia kalkulacji pozyskane przez konkurentów czyniłyby działania wykonawcy przewidywalnymi, wykonawca utraciłby wypracowaną pozycję rynkową. To grozi natomiast wymierną szkodą. Pozostałe dokumenty źródłowe również zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa lub dane wrażliwe.

Wykonawca podejmuje bieżące działania chroniące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca dba by informacje nie były upubliczniane, zastrzega ich tajemnicę.

Dokumenty złożone przez wykonawcę obejmują informacje o know-how, dane finansowe, handlowe, techniczne. Każda z informacji wskazanych w wyjaśnieniach ma charakter co najmniej organizacyjny przedsiębiorstwa (1 przesłanka utajnienia). Informacje wskazane w wyjaśnieniach nie zostały dotychczas ujawnione do wiadomości publicznej (2 przesłanka utajnienia). Wyłączny dostęp do większości informacji, kalkulacji cen oraz umów z kontrahentami posiada jedynie Odwołujący. W stosunku do tych dokumentów podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności jak wskazano wyżej (3 przesłanka

utajnienia).

Informacje zawarte w treści utajnionych dokumentów mają walor stałości, reprezentatywności, stabilności i są wyznacznikiem statusu oraz kondycji przedsiębiorstwa.

Informacje dotyczące kalkulacji wartości świadczonych usług, w tym kosztów jakie wykonawca ponosi i wysokości marży, na jakiej pracuje, warunków handlowych współpracy z innymi podmiotami stanowią dla firmy wartość handlową i gospodarczą. Znajomość tych informacji dla konkurentów może ułatwić im przewidywanie cen, jakie wykonawca będzie stosować w innych postępowaniach i kalkulowanie odpowiednio niższych cen.

Ujawnienie treści zastrzeżonych dokumentów może wyrządzić szkodę w ramach innych postępowaniach. Wykonawca utajniając treść złożonych dokumentów zmierza do zachowania swojej pozycji rynkowej, zachowania w tajemnicy sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

Kalkulacje poparte są dokumentami źródłowymi.

Załączniki:

1) wyjaśnienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty

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 2020 r. poz. 1913), 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.

Powyższe przepisy określają jedno z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, tj. jest zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz jawności postępowania. Wykonawcy decydując się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą się zatem liczyć z obowiązywaniem tych zasad.

Stosownie do 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. Dla skuteczności zastrzeżenia informacji, wykonawca musi zatem wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, tj.

1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) informacje 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,

- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wykonawca zastrzegający określone informacje, jako tajemnica przedsiębiorstwa jest zobowiązany w odpowiednim terminie w sposób pełny i niebudzący wątpliwości wykazać, wypełnienie się ww. przesłanek, mając przy tym na uwadze minimalizację utajnianych dokumentów. Jeśli dokument w całości nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, to zastrzeżeniu powinny podlegać jedynie te informacje w nim zawarte, które wypełniają ww. przesłanki. Zamawiający jest natomiast zobowiązany do zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na podstawie otrzymanego uzasadnienia zastrzeżenia, a w razie stwierdzenia nienależytego wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązany jest do ich ujawnienia. Zasada jawności postępowania służy bowiem transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przedstawianych w postępowaniu, jako wyjątek od tej zasady nie może być interpretowany rozszerzająco.

Badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zasadność wyprowadzonych przez zamawiającego wniosków z tego badania. Podkreślenia przy tym wymaga, że treść i zakres uzasadnienia przez wykonawcę poczynionego zastrzeżenia informacji przesądza o tym, czy zostały spełnione warunki dla uznania, że pomimo, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, zastrzeżone informacje mogą nie być ujawnione. Wykonawca zastrzegając określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien mieć na uwadze zasady obowiązujące na gruncie zamówień publicznych i nie nadużywać przepisu przewidującego takie uprawnienie, w szczególności nie naruszać zasady uczciwej konkurencji, poprzez zastrzeganie informacji głównie po to, aby uniemożliwić weryfikację przez konkurentów zgodności jego oferty z wymogami zamawiającego i przepisami prawa.

W ocenie Izby Zamawiający nieprawidłowo ocenił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa poczynione przez Przystępującego, uznając, że wykonawca ten skutecznie dokonał takiego zastrzeżenia dwóch wyjaśnień ceny jego oferty, złożonych na wezwania Zamawiającego. Tym bardziej, że stanowisko to jest niekonsekwentne. Z jednej bowiem strony Zamawiający odmawia udostępnienia wyjaśnień w całości, uznając je za skutecznie zastrzeżone, z drugiej zaś w jawnym wezwaniu do udzielenia drugich wyjaśnień przedstawia niektóre z informacji, zawartych przez Przystępującego w pierwszych wyjaśnieniach.

Nadto z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający w swoim stanowisku wykracza poza treść otrzymanego od Przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem, jak wyżej wskazano, Zamawiający winien dokonać oceny otrzymanego od Przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, i to na jego podstawie zdecydować o utrzymaniu w poufności otrzymanych wyjaśnień w całości lub w części, a nie samodzielnie poszukiwać argumentów, za utrzymaniem ich w poufności. Ewentualne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należy bowiem do wykonawcy, i od tego czy uczyni to prawidłowo, zależy czy nie zostaną one udostępnione w postępowaniu.

W ocenie Izby treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Przystępującego wskazuje, że wykonawca ten nie uczynił tego skutecznie. Przystępujący nie wykazał bowiem, że podane przez niego informacje spełniają łącznie ww. przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodzić się należy z Odwołującym, że uzasadnienie jest ogólnikowe, nie zawiera wykazania, że zastrzegane w całości wyjaśnienia posiadają wartość gospodarczą, że informacje w nich zawarte nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zauważenia wymaga, że Przystępujący do wyjaśnień ceny złożonych na wezwanie Zamawiającego w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny oferty, jak też do odpowiedzi na konkretne pytania Zamawiającego skierowane do niego po otrzymaniu tych wyjaśnień, zastosował takie samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że nie zindywidualizował on swojego stanowiska, co do potrzeby utrzymania poufności w odniesieniu do różnej treści wyjaśnień, w tym istnienia załączników przy pierwszych wyjaśnieniach, określonych mianem dokumentów źródłowych (bez wyjaśnienia o jakie dokumenty chodzi i z jakich względów wszystkie z nich są przez niego zastrzegane jako poufne).

Jak powyżej ustalono w wezwaniu do wyjaśnień z 30 listopada 2021 r. Zamawiający

zobowiązał Przystępującego do przedstawienia kalkulacji oferty w podziale na poszczególne usługi i jednostki, do wykazania m.in. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, z zastrzeżeniem, że wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Wezwanie zawiera wyraźne wskazanie, w jaki sposób ma być przedstawiona kalkulacja cenowa.

Przedstawienie przez Przystępującego wyjaśnień nie jest zatem sporządzone - co do sposobu przedstawienia - według koncepcji tego wykonawcy. Trudno zatem przyjąć ogólnikowe stwierdzenie Odwołującego, zawarte w uzasadnieniu, że „zastrzeżone dokumenty obejmują założenia kalkulacji i kalkulację kosztów realizacji zamówienia, stanowiąc pośrednio informację na temat organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy”, jako przekonujący element wykazania zasadności zastrzeżenia. Nie zostało bowiem wyjaśnione jaką wartość gospodarczą ma taka „pośrednia” informacja na temat organizacji przedsiębiorstwa, i dlaczego wiedza o organizacji przedsiębiorstwa winna pozostać utrzymana w poufności. Nie ma nawet wzmianki, że wiedza o organizacji przedsiębiorstwa Przystępującego nie jest ogólnodostępna lub łatwo dostępna. Zauważenie przy tym wymaga, że dane osób wpisanych do rejestru przedsiębiorców Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG) są łatwo dostępne. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z działalności urzędowej jest mu wiadome, że Przystępujący prowadzi jednoosobowo działalność gospodarczą. Trudno zatem w tym aspekcie upatrywać podstaw do utrzymania całych dokumentów w poufności.

Także ogólnikowe stwierdzenie: „Sposób przypisania kosztów do danego zakresu prac jest efektem zdobytego przez niego know-how, które wypracował w ciągu wielu lat, świadcząc usługi na rynku, a przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą. Nadto kosztorysy sporządzane są sporządzane z wykorzystaniem doświadczenia Wykonawcy, wiedzy o rynku lokalnym. Założenia kalkulacji pozyskane przez konkurentów czyniłyby działania wykonawcy przewidywalnymi, wykonawca utraciłby wypracowaną pozycję rynkową.”, z uwagi na brak w szczególności ścisłego powiązania twierdzeń z przedmiotem zamówienia i możliwościami stworzenia własnego know-how, trudno uznać, że wystarczające dla wykazania wartości gospodarczej, zastrzeganych wyjaśnień. Jak podał na rozprawie Odwołujący, czemu Przystępujący nie zaprzeczył, zamówienie nie jest skomplikowane, do jego wykonania wystarczy 1 osoba, jest to standardowa usługa, a zatem także standardowe koszty z nią związane, w tym cena transportu, pracy ludzkiej, sprzętu, w tym ochronnego oraz do przeprowadzenia czynności, środków czystości.

Dalsza część uzasadnienia - również ogólnikowa - wskazująca, że: „Dokumenty złożone przez wykonawcę obejmują informacje o know-how, dane finansowe, handlowe, techniczne, każda z informacji ma charakter co najmniej organizacyjny”, mająca wskazywać na wypełnienie się pierwszej z ww. przesłanek, wobec braku wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, także nie może spełniać wymogu wykazania skuteczności zastrzeżenia poufności każdego z dokumentów wyjaśnień. Tym bardziej, że drugie z nich stanowią odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego związane z treścią pierwszych wyjaśnień, w części ujawniające zawarte w nich informacje. Oznacza to, że Zamawiający podając w jawnym wezwaniu m.in. utajnione przez Przystępującego daty faktur, nazwy płynów do dezynfekcji, w praktyce dał wyraz temu, że ta część informacji zawartych w wyjaśnieniach nie jest skutecznie zastrzeżona.

Na brak wykazania, że wyjaśnienia zawierają informacje posiadające wartość gospodarczą, wskazuje także brak wykazania, że Przystępujący np. zastosował unikatowy, tylko jemu właściwy sposób kalkulacji ceny oferty, że wykorzystanie przez innego wykonawcę zastrzeżonych przez niego dokumentów da lub może dać temu wykonawcy wiedzę pozwalającą na zaoszczędzenie wydatków czy przysporzenie zysków. Tym bardziej, że w kontekście kalkulacji ceny oferty na objęte przedmiotem zamówienia usługi, Przystępujący nie wyjaśnił np. o jakie dane finansowe chodzi, jak też dlaczego załączone dokumenty źródłowe wypełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczność, że, jak dalej stwierdził Przystępujący, poznanie zastrzeżonych informacji może ułatwić konkurentom przewidywanie cen, jakie Przystępujący będzie stosować w innych postępowaniach i kalkulowanie odpowiednio niższych cen, w sytuacji gdy cena oferty tego wykonawcy jest znana, a więc jest wiadomo, że jest zdecydowanie niższa, niż ceny pozostałych ofert, i w związku z tym wykonawcy mają wiedzę, że konkurując z tym wykonawcą muszą się liczyć z tym, że zaoferuje on cenę na niższym poziomie, nie jest wystarczające do stwierdzenia wartości gospodarczej zastrzeganych wyjaśnień. Nie zostało wykazane, dlaczego ujawnienie treści zastrzeżonych dokumentów mogłoby wyrządzić Przystępującemu szkodę w ramach innych postępowań. Zważywszy na przedmiot zamówienia, przy braku wykazania przez

Przystępującego, że może on być realizowany w unikatowy sposób, zależny wyłącznie od wiedzy i zdolności danego wykonawcy, zgodzić się należy z Odwołującym, że trudno przyjąć, że na skutek ujawnienia liczby przewidzianych do realizacji zamówienia zasobów, mogłoby dojść do utraty pozycji rynkowej wykonawcy.

Jak wyżej wskazano, ewentualnemu zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa podlegają informacje zawarte w dokumentach, a nie całe dokumenty. Jeśli ich fragmenty nie zawierają informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie powinny być zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tymczasem Przystępujący zastrzegł w całości zarówno treść wyjaśnień ceny jak też dokumenty źródłowe, nawet nie wyjaśniając, dlaczego wszystkie ich treści spełniają wymogi dla objęcia ich poufnością. Przystępujący nie wykazał, że np. korzysta z indywidualnie pozyskanych rabatów, że jego kontrahenci zastrzegli poufność zawieranych z nim umów.

Ogólnikowe, niezindywidualizowane w odniesieniu do zastrzeganych dokumentów poszczególnych wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie tylko nie zawiera wykazania wartości gospodarczej tych dokumentów, co z uwagi na wymóg kumulatywnego wypełnienia przesłanek, dyskwalifikuje takie zastrzeżenie, ale też nie zawiera wykazania spełnienia pozostałych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Stwierdzenie w uzasadnieniu zastrzeżenia, że Wykonawca podejmuje bieżące działania chroniące tajemnice przedsiębiorstwa, dba by informacje nie były upubliczniane, zastrzega ich tajemnicę, w sytuacji, gdy nie towarzyszy temu np. opis na czym takie działania polegają, również nie spełnia wymogu wykazania takich działań. W szczególności Przystępujący nie przedstawił w uzasadnieniu informacji, jak też nie wykazał, że w odniesieniu do zastrzeżonych informacji, podjął działania polegające np. na: oznakowaniu i specjalnym przechowywaniu dokumentów obejmujących zastrzeżone informacje, zawieraniu umów zawierających klauzule poufności, wprowadzeniu zabezpieczenia fizycznego.

Skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także nie budzącego wątpliwości wykazania, że zastrzeżona informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa. Wbrew stanowisku Przystępującego zaprezentowanemu na rozprawie, jest możliwe skuteczne wykazanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez ujawniania informacji stanowiących taką tajemnicę. Zważywszy na to, że, jak wyżej wskazano, zasadą jest jawność postępowania, odstępstwa od niej muszą być interpretowane ściśle. Złożenie ogólnikowego uzasadnienia zastrzeżenia, nadto analogicznego dla obydwu wyjaśnień różniących się treścią, nie może być uznane za wystarczające do ograniczenia tej zasady. Zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane przez wykonawców w celu uniemożliwienia kontroli działań i zaniechań zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej.

Ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał. Zdawkowe uzasadnienie dokonane przez Przystępującego zastrzeżenia, zawierające jedynie ogólnikowe stwierdzenia, bez przedstawienia konkretnych informacji wskazujących na zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być uznane za skuteczne.

Z tych względów Izba uwzględniła odwołanie.

Wobec uznania zasadności zarzutów odwołania, dotyczących pozbawionego podstaw uznania przez Zamawiającego skuteczności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia poufności złożonych w postępowaniu wyjaśnień ceny, koniecznym stało się nakazanie Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jako dokonanej przed umożliwieniem zapoznania się przez wykonawców z nieskutecznie zastrzeżonymi przez Przystępującego wyjaśnieniami ceny jego oferty, a także nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ujawnienia wyjaśnień ceny wraz z załącznikami, złożonych przez Przystępującego.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp,

orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W analizowanej Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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).

Przewodniczący: .....