

sygn. akt: KIO 244/23

WYROK

z dnia 7 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MM SERVICE MONITORING sp. z o.o. z siedzibą w Kruszwie, MAXUS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Trybunalska 21; 95080 Kruszków, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie II Oddział ZUS w Poznaniu, ul. Starołęcka 31; 61-361

Poznań,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Makropol sp. z o.o., Makropol TP sp. z o.o., ul. Zacisze 8; 60-831 Poznań, zgłaszających

przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MM SERVICE MONITORING sp. z o.o. z siedzibą w Kruszwie, MAXUS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Trybunalska 21; 95-080 Kruszków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MM SERVICE MONITORING sp. z o.o. z siedzibą w Kruszwie, MAXUS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Trybunalska 21; 95-080 Kruszków i:

z siedzibą w Kruszwie, MAXUS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Trybunalska 21;

95-080 Kruszków, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MM SERVICE MONITORING sp. z o.o. z siedzibą w Kruszwie, MAXUS sp. z o.o.

z siedzibą w Łodzi, ul. Trybunalska 21; 95-080 Kruszków na rzecz zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie II Oddział ZUS w Poznaniu, ul. Starołęcka 31; 61-361 Poznań, kwotę 4 475 zł 15 gr (słownie: cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt pięć złotych, piętnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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:

sygn. akt: KIO 244/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie II Oddział ZUS w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia oraz dozoru sygnałów alarmowych w II Oddziale ZUS w Poznaniu i podległych terenowych jednostkach organizacyjnych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w D.U.U.E. z dnia 15 listopada 2022 r., pod nr 2022/S 220-631807.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz informacja o braku odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zostały przekazane odpowiednio dnia 17.01.2023 r. oraz 18.01.2023 r.

Dnia 27 stycznia 2023 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MM SERVICE MONITORING sp. z o.o. oraz MAXUS sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego oraz zaniechanie czynności, do której

zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj.: zaniechania ujawnienia dowodów wymienionych w uzasadnieniu, złożonych w ramach wyjaśnień dotyczących ceny oferty przez konsorcjum: Makropol sp. z o.o. oraz Makropol TP sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) – (zwanym dalej Konsorcjum lub Wykonawcą) - zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz dokonania wyboru oferty jako najkorzystniejszej tego wykonawcy bez uprzedniego ujawnienia przedmiotowych dowodów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy p.z.p., art. 74 ust.1 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum jako tajemnicy przedsiębiorstwa dowodów przedłożonych w ramach wyjaśnień złożonych w trybie przepisu art. 224 ustawy p.z.p., a co za tym idzie nieuzasadnionym utajnieniu tych dokumentów przez zamawiającego i w konsekwencji zaniechanie ujawnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie zamawiającemu odtajnienia dowodów złożonych przez Konsorcjum: wykaz osób (załącznik nr 2), kopie umów o pracę, wpisów na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, aktualne badania oraz orzeczenia o niepełnosprawności oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty a następnie powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem odtajnionych dokumentów;
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa wg. norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w niniejszym odwołaniu przepisów Ustawy. Oferta odwołującego po dokonaniu prawidłowej oceny ofert może okazać się najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie ujawnienia przez zamawiającego dowodów, które de facto zostały nieskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W związku z przytoczonymi okolicznościami odwołujący nie osiągnie zysku, który planował w przy realizacji usługi objętej przedmiotowym postępowaniem. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do wniesienia odwołania. Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania na czynność zamawiającego polegającą na uznaniu zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dowodów wymienionych w niniejszym odwołaniu do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zaniechania ich ujawnienia, odwołujący wskazuje, iż może ponieść szkodę w przypadku nieuprawnionej odmowy odtajnienia ww. dokumentów. Skutkiem nieodtajnienia w/w dowodów było uniemożliwienie odwołującemu dokonania oceny czy wyjaśnienia są rzetelne i wystarczające do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ponadto zamawiający swoim zaniechaniem znacząco ograniczył lub wręcz uniemożliwił postawienie i odpowiednie uzasadnienie zarzutów związanych z rażąco niską ceną Konsorcjum. W konsekwencji odwołującemu uniemożliwiono skorzystanie w pełnym zakresie ze środków ochrony prawnej co do czynności zamawiającego względem oferty Konsorcjum.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający przekazał odwołującemu wyjaśnienia Konsorcjum w zakresie rażąco niskiej ceny, przy czym zamawiający nie odtajnił załącznika nr 2 do przedmiotowych wyjaśnień.

Powyższe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych nie można uznać za skuteczne. Aby więc zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne, muszą zostać spełnione następujące przesłanki: po pierwsze, informacja musi stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, po drugie wykonawca musi zastrzec, że informacje te nie mogą być udostępnione i po trzecie, wykonawca musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze treść art. 18 ust. 3 Ustawy pzp, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co oznacza, że muszą spełniać kryteria określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., tj. musi to być informacja:

- a. o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- b. która 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,
- c. co do której podjęto działania mające na celu zachowania tej informacji w poufności.

W ocenie odwołującego informacja zastrzeżona w załączniku nr 2 do wyjaśnień, tj. wykaz osób, kopie umów o pracę, wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, aktualne badania oraz orzeczenia o niepełnosprawności pracowników nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z ugruntowaną praktyką dopuszcza się zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób, o ile osoby te posiadają szczególne kwalifikacje i są w związku z tym trudno dostępne na rynku pracy, a utrata przez przedsiębiorcę takich pracowników na przykład w drodze przejścia przez konkurencję doprowadziłoby do zmniejszenia konkurencyjności przedsiębiorstwa od którego przejęto wyspecjalizowanych pracowników - z tego względu są to informacje o charakterze organizacyjnym o charakterze gospodarczym. Orzeczenia, na które powołuje się Konsorcjum, tj.: wyrok Sądu Okręgowego Sądu Okręgowego w Warszawie – sygn. akt: V Ca 421/07, oraz Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2010r KIO/UZP 117/10 - dotyczą wyspecjalizowanych usług informatycznych i w ślad za tym wyspecjalizowanego personelu, a nie

pracowników ochrony. A więc przytoczone orzecznictwo potwierdza jedynie możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacje dotyczące wykwalifikowanego personelu, a nie „szeregowych” pracowników, a do których zaliczają się pracownicy ochrony. Na uwagę zasługuje też fakt, że kwestia odtajnienia wykazu osób nie obejmuje przecież wszystkich pracowników zatrudnionych w Konsorcjum tylko pewnej części, która ma być skierowana do realizacji niniejszego zamówienia. Ponadto, argument wykonawcy dotyczący możliwości przejścia przez pracowników przez konkurencję jest chybiony, ponieważ nie ma potrzeby ujawniania wszystkich danych osobowych, w tym kontaktowych co ewentualnie umożliwiłoby podjęcie rozmów z takimi pracownikami w celu ich przejścia, a jedynie takich danych które umożliwią odwołującemu weryfikację stopnia niepełnosprawności i związaną z tym kwotę dofinansowania do pracowników. Jest to istotna, a wręcz kluczowa informacja, ponieważ na podstawie analizy wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonej przez Konsorcjum, średnio na jednego pracownika przypadającego dofinansowanie w kwocie 1590 zł, co oznacza, iż wykonawca zamierza skierować do obiektów zamawiającego pracowników z umiarkowanym specjalnym stopniem niepełnosprawności, co znacznie obniża koszty usługi. W związku z powyższym możliwość zweryfikowania takiej informacji powinni mieć pozostali wykonawcy

biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w celu umożliwienia im podjęcia działań zmierzających do ochrony ich słusznym interesów.

Aby uznać daną informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca powinien wykazać, że podjął działania mające na celu utrzymaniu tej informacji w poufności. Wymóg ten jest skorelowany z treścią art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zwraca uwagę na sposób zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum, a w szczególności na uzasadnienie przedmiotowego zastrzeżenia, które w ocenie odwołującego jest gołosłowne. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że informacje, które zastrzegł, dotychczas traktował jako poufne. Innymi słowy, wykonawca nie wypełnił dyspozycji określonej we wspomnianym wyżej przepisie.

Reasumując, nie do przyjęcia jest więc, aby zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa w oparciu o gołosłowne twierdzenia wykonawcy. Wykonawca nie wykazał bowiem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. do czego był zobowiązany na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji zamawiający naruszył art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem może nastąpić w przypadkach określonych w tylko w ustawie. Nie można oprzeć się wrażeniu, że utajnienie dokumentów przez wykonawcę ma na celu uniemożliwić de facto jakąkolwiek weryfikację w przedmiocie merytorycznego zakwestionowania kalkulacji ceny zaproponowanej przez wybranego wykonawcę, a tym samym pod pretekstem tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczenie konkurencyjnym przedsiębiorstwom dostępu do rynku usług ochrony. Taka metoda jest dość powszechnie stosowana na rynku zamówień publicznych co należy uznać za naganne i niedopuszczalne.

W niniejszej sprawie, warunkiem koniecznym do oceny przedmiotowych wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum jest weryfikacja dowodów potwierdzających możliwość otrzymania dofinansowania z PFRON w kwocie pozwalającej na złożenie oferty o tak niskiej cenie. W tym sensie, brak odtajnienia przedmiotowych dowodów - stanowiących załącznik nr 2 do wyjaśnień- stanowi naruszenie wymienionych w pkt II.1) petitum przepisów ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania. Wówczas wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogliby zweryfikować, czy twierdzenia przedstawione w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przez Konsorcjum znajdują odzwierciedlenie w załączonych dokumentach, co za tym idzie, mogliby podjąć skuteczne działania mające na celu ochronę swoich słusznym interesów. Jednocześnie same orzeczenia o niepełnosprawności nie mogą potwierdzać faktu otrzymywania dofinansowania do wynagrodzeń z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, gdyż zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych dofinansowanie nie przysługuje dla pracownika niepełnosprawnego w stopniu lekkim lub

umiarkowanym posiadającego ustalone prawo do emerytury (art. 26a ust. 1a pkt 1 ustawy). Ponadto podana kwota dofinansowania 39 900 zł dla 25 etatów (1596 zł dla 1 etatu) oznacza skierowanie do realizacji przedmiotu zamówienia pracowników z wyższym niż umiarkowany stopień niepełnosprawności (dofinansowanie do pracownika z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności wynosi 1200 zł), co jako okoliczność wątpliwa w świetle żądanych kwalifikacji pracowników ochrony winna podlegać możliwości weryfikacji przez innych wykonawców.

W ocenie odwołującego - w świetle wyżej przytoczonych okoliczności - działanie zamawiającego należy uznać za nieprawidłowe a zarzut ten jest zatem w pełni uzasadniony.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach

procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba w całości podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego.

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 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.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.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz.1233), który stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący złożył wyjaśnienia ceny oferty w wymaganym terminie. Przesłane zamawiającemu dokumenty zawierały:

- wyjaśnienie rażąco niskiej ceny,
- tabelę kalkulacyjną ceny oferty,
- uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa,
- wykaz osób - tajemnica przedsiębiorstwa,
- dokumenty pracowników - tajemnica przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zamawiający przyjął, że tajemnicą przedsiębiorstwa będzie informacja, która spełnia następujące przesłanki:

- 1) posiada wartość gospodarczą;
- 2) nie jest – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów – powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób, oraz
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Zamawiający dokonując oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wziął również pod uwagę, że informacje ogólnodostępne i wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów prawa nie wymagają dowodzenia np. wynikające z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych (RODO).

Zamawiający, oceniając wartość gospodarczą złożonych wyjaśnień wskazał, iż pojęcie wartości gospodarczej jest pojęciem nieostrym. Przedmiotem ochrony objęta jest taka

informacja, której posiadanie ma znaczenie dla pozycji jej dysponenta w obrocie gospodarczym, stwarzając możliwość uzyskania przewagi nad konkurentem lub przynajmniej pogorszenia jego ogólnej pozycji na rynku. Wskazuje się, że informacja posiada wartość gospodarczą, jeżeli jej wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zysk. W tym zakresie warto także zwrócić uwagę na pogląd prezentowany przez B. Giesen (Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa str.11). Autorka stoi na stanowisku,

że przesłanka wartości gospodarczej informacji powinna być interpretowana w sposób szeroki, pozwalając na objęcie pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa również takich informacji, które „same w sobie nie przedstawiają wartości rynkowej, a mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnianiu”. Wskazuje także, że „[z] punktu widzenia interesów przedsiębiorcy istotny może być, bowiem sam fakt utrzymania określonych wiadomości w tajemnicy. W tym przypadku chodzi nie tyle o to, aby konkurenci nie dysponowali określoną informacją, lecz o to, aby nie było im wiadomo, że ich rywal jest w jej posiadaniu. Należy przychylić się do poglądu, że wykładnia pojęcia wartości gospodarczej powinna być dokonywana w sposób liberalny, pozwalający na objęcie zakresem tego pojęcia informacji posiadających chociażby minimalną wartość gospodarczą”. Zamawiający uznał twierdzenia Konsorcjum, iż ujawnienie danych personalnych, kwalifikacji zawodowych pracowników wraz z ich orzeczeniami o niepełnosprawności i badaniami:

- ułatwi konkurencyjnym firmom przejęcie tych osób i może skutkować podjęciem próby ich zatrudnienia i w efekcie utrudnienia lub uniemożliwienia Konsorcjum wykonania zamówienia,

- zagraża interesom gospodarczym, co w efekcie może mieć wpływ na zachwianie pozycji rynkowej,
- spowoduje utratę przez lata wypracowanej pozycji rynkowej.

Zamawiający wziął również pod uwagę ogólnodostępne informacje z rynku pracy, które nie wymagają dowodzenia. Rynek pracy w dzisiejszych czasach jest bardzo dynamiczny, co objawia się m.in., w postaci częstej rotacji kadry i stałego przepływu pracowników pomiędzy pracodawcami. Zmiana pracy, przy jednoczesnym pozostawaniu w dotychczasowej branży rodzi wiele pytań i wątpliwości natury etycznej, ale przede wszystkim prawnej. Dzisiejsza praktyka biznesowa wykształciła pojęcia employee poaching/employee raiding, tj. zachowania pracodawców polegające na "podkradaniu", "przejmowaniu" pracowników, przeważnie od bezpośredniego konkurenta. Zjawisko to występuje coraz powszechniej we wszystkich obszarach rynku pracy.

W ocenie zamawiającego nie ma racji odwołujący twierdząc, że tylko przejęcie osób ze szczególnymi kwalifikacjami i trudno dostępnymi na rynku może doprowadzić do zmniejszenia konkurencyjności przedsiębiorstwa, od którego przejęto

pracowników.

W obecnej sytuacji na rynku pracy, gdzie bezrobocie według GUS wynosi w Polsce 5,2% (grudzień 2022), województwie wielkopolskim 2,9% (grudzień 2022 – najniższe w Polsce) a w samym Poznaniu 1% (grudzień 2022). Mając na uwadze, że średni czas potrzebny na pozyskanie pracownika z rynku pracy w Polsce to 26 dni, a w Wielkopolsce 52 dni pozyskanie pracowników o średnich kwalifikacjach jest dość trudne. Tak, więc zatrudnienie pracownika nawet branży ochrony stanowi spore wyzwanie.

Zamawiający wymagał w dokumentacji postępowania (OPZ i projektowanych postanowieniach umowy) skierowania do realizacji usługi pracowników ochrony posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. W brew twierdzeniom odwołującego nie są to „szeregowi” pracownicy ochrony, lecz pracownicy posiadający określone kwalifikacje i spełniający określone wymogi.

Zdaniem Izby, odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżone przez Konsorcjum informacje nie mają żadnej wartości gospodarczej, a ewentualne przejęcie pracowników Konsorcjum nie przysporzy odwołującemu żadnych korzyści. Dlatego też słuszne jest twierdzenie, że przedstawione dokumenty stanowią wartość gospodarczą dla Konsorcjum.

Przepis art.11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że warunkiem uznania informacji za poufną jest to, aby informacja nie była powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie była łatwo dostępna dla takich osób. Przepis ten wskazuje, że jawność lub łatwa dostępność informacji dla specjalistów w danej dziedzinie wyłącza możliwość uznania takiej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacja jest uznawana za ujawnioną nie tylko w sytuacji, gdy jest znana każdemu, ale także wówczas, gdy co prawda nie jest znana, ale jest łatwo dostępna dla każdego lub co najmniej dla specjalistów w danej dziedzinie (Sąd Najwyższy w wyroku o sygn. akt I CKN 304/00, OSNC Nr 4/2001).

W literaturze słusznie zwraca się uwagę, że z punktu widzenia omawianej przesłanki istotne jest ustalenie, kiedy informacja traci walor poufności i wskazuje się, że w świetle art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji następuje z momentem publicznego (powszechnego) ujawnienia. Przesłankę tę interpretuje się szeroko, obejmując nią sytuacje, w których dostęp do informacji ma każdy, jak i takie, w których osoby trzecie mają potencjalną możliwość uzyskania informacji. Uznaje się, że informacja traci przymiot poufności, gdy każdy zainteresowany może się z nią zapoznać bez uzyskiwania zgody przedsiębiorcy, którego ta informacja dotyczy. Tym samym przyjmuje się, że informacja przestaje być poufna, jeżeli została ujawniona przez samego przedsiębiorcę lub jest dostępna na mocy przepisów prawa.

Kwestia odtajnienia wykazu osób nie obejmuje wszystkich pracowników zatrudnionych w Konsorcjum tylko pewnej części, która ma być skierowana do realizacji zamówienia. Na podstawie załączonych umów o pracę i terminów ich obowiązywania można bowiem przyjąć, że pracownicy ujęci w wykazie stanowią pewien względnie stały walor Konsorcjum, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór osób zatrudnionych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Tak więc można go uznać również za wykaz posiadający pewną wartość gospodarczą. Konsorcjum w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawarło oświadczenie, że dane jego pracowników nigdy nie zostały udostępnione innym podmiotom, które uznać należało za wystarczające.

Przepis art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że jednym z warunków uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest to, aby uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przepis ten nie precyzuje jednak w jaki sposób wykonawca ma spełnić formalną przesłankę podjęcia stosownych działań w celu utrzymania informacji w poufności. W literaturze przedmiotu z zakresu czynów nieuczciwej konkurencji wskazuje się, że konstytutywną cechą przesłanki poufności jest wola wykonawcy przejawiona w sposób wyraźny lub dorozumiany, zmierzająca do ochrony informacji.

W związku z tym każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowić realizację omawianego zalecenia ustawowego. W orzecznictwie wskazuje się, że informacja staje się tajemnicą, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy wykonawcy). Utrzymanie danych informacji jako tajemnicy wymaga podjęcia przez przedsiębiorcę działań zmierzających

do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań (wyrok NSA z 5 lipca 2013 r., sygn. akt I OSK 511/13).

Informację poufną można zatem uznać za tajemnicę, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów, wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Ustawodawca nie przesądził przy tym, jakie to mianowicie mają być działania. W konsekwencji, zatem każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane, jako poufne, będzie stanowić realizację omawianego zalecenia ustawowego. Z tego względu ustawowe wymaganie podjęcia niezbędnych działań spełni także podjęcie pewnych czynności konkludentnych, jak np. zastrzeżenie poufności informacji i dopuszczenie do informacji jedynie wąskiego kręgu pracowników. W konkretnych okolicznościach o obowiązku dochowania tajemnicy może przesądzać sam charakter informacji.

Tym samym, Izba stwierdziła, że przystępujący spełnił obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wskazując okoliczności potwierdzające spełnienie wszystkich przesłanek wymaganych do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazane przez przystępującego w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa okoliczności są rzeczowe, wiarygodne, spójne i konkretne oraz umożliwiły dokonanie oceny zastrzeganych informacji w kontekście art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający podniósł dodatkową argumentację, którą Izba podzieliła, iż istotne znaczenie dla sprawy ma przepis art. 74 ust. 4 ustawy p.z.p, który doprecyzowuje zasadę jawności

w zamówieniach publicznych w kontekście przetwarzania (a dokładnie udostępniania) danych osobowych zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawartych w protokole lub załącznikach do protokołu. Na podstawie tego przepisu zamawiający ma prawo i obowiązek ujawnienia wszystkich danych osobowych, które znajdują się w dokumentacji postępowania, w tym przekazanej przez przystępującego, z wyjątkiem załączonych przez wykonawcę informacji zawierających tzw. dane wrażliwe (art. 9 RODO). Z brzmienia tego przepisu wynika wprost, że każde przetwarzanie danych określonych w art. 9 RODO, z wyjątkiem przechowywania protokołu i załączników, możliwe będzie wyłącznie za zgodą osoby, której dane dotyczą.

Przepis art. 9 ust. 1 RODO zabrania przetwarzania danych osobowych min. danych dotyczących zdrowia. Ponieważ zamawiający administrują w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego danymi osobowymi osób fizycznych na tej podstawie, że dane te zostały im przekazane w związku z wypełnianiem przez zamawiających zadań publicznych na podstawie przepisów ustawy Pzp, prawną podstawą przetwarzania danych osobowych przez zamawiających dla celów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a także po zakończeniu postępowań, z uwagi na wynikający z art. 78 ustawy Pzp, obowiązek przechowywania protokołu i załączników do protokołu do czasu zakończenia wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest art. 6 ust. 1 lit c RODO. Przepis ten skutkuje uprawnieniem zamawiającego do przetwarzania danych osobowych uzyskanych w związku z prowadzonym postępowaniem z uwagi na to, że przetwarzanie przez niego takich danych jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na zamawiającym jako na administratorze danych osobowych. Ewentualne dostarczenie przez wykonawcę z własnej inicjatywy informacji niewymaganych przez zamawiającego, ale składanych z związku z prowadzonym postępowaniem, w szczególności informacji zawierających dane osobowe, albo informacji uzasadnionych potrzebami postępowania, o których mowa w art. 9 ust. 1 RODO, uprawnia zamawiającego do ich przetwarzania ze względu na ważny interes

publiczny związany z celem przetwarzania takich informacji na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także z uwagi na to, że przetwarzanie jest niezbędne dla celów archiwalnych. Niemniej w przypadku przetwarzania danych osobowych szczególnie wrażliwych, o których mowa w art. 9 ust. 1 RODO, przetwarzanie tych danych musi być zawsze związane z zastosowaniem odpowiednich zabezpieczeń dla ochrony praw i wolności osoby, której dane dotyczą, i jest ściśle limitowane. O ile przetwarzanie danych szczególnie wrażliwych przez zamawiającego dla celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzasadnione ważnymi względami celu publicznego, w tym związanymi

z archiwizacją danych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o tyle udostępnianie tych danych przez zamawiającego osobom trzecim, w tym wykonawcom, zarówno w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i po jego zakończeniu nie znajduje uzasadnienia. Zastrzeżone przez przystępującego dokumenty są dokumentami własnymi pracowników, które ujawniają informacje o stanie ich zdrowia, a zatem podlegają one ochronie jako dane dotyczące zdrowia określone w art. 9 RODO.

Zdaniem Izby wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia określonych treści złożone przez przystępującego nie odbiegają od standardów prawidłowego wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia. Przystępujący powołał się bowiem na okoliczności, które w kontekście obowiązku przestrzegania zasad wynikających z RODO prawidłowo wykazał, a co za tym idzie wyjaśnił zamawiającemu, dlaczego zastrzega dane osobowe osób – pracowników przystępującego, którzy będą świadczyli przedmiotową usługę. Nadto zwrócić należy uwagę, iż Izba zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zobowiązana jest uwzględnić odwołanie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Jak wynika z okoliczności przedmiotowej sprawy odwołujący nie kwestionował prawidłowości wyjaśnień złożonych przez przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny. Choć w myśl obowiązujących przepisów sama czynność zamawiającego dotycząca oceny złożonego zastrzeżenia może być przedmiotem odwołania jednakże, aby uwzględnić, iż czynność ta była wadliwa należy ocenić jej wpływ na ostateczny wynik postępowania. Natomiast dane, których ujawnienia domaga się odwołujący nie mają żadnego istotnego wpływu na ocenę prawidłowości dokonanych wyliczeń. Wskazać należy, iż odwołujący na rozprawie niejako zmodyfikował żądanie ograniczając zakres informacji o dane zanonimizowane, jednakże dalej nie wynika, w jaki sposób pozyskane dane miałyby wpłynąć na ocenę dokonanych wyliczeń i wyjaśnień (które nie były zastrzeżone tajemnicą

przedsiębiorstwa), a których to informacji odwołujący nie kwestionował. Dlatego też biorąc pod uwagę ustalony w sprawie stan rzeczy (art. 552 ust. 1 ustawy Pzp) Izba stwierdziła o bezzasadności stawianego zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: