Sygn. akt: KIO 808/23

WYROK

z dnia 7 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2023 r. przez wykonawcę Sygnity S.A., ul. Postępu 17B, 02-676 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa

przy udziale wykonawcy RSP Sp. z o.o., ul. Sztormowa 1/12, 02-654 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Ministerstwu Rodziny i Polityki

Społecznej w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej toku ujawnienie treści wyjaśnień złożonych przez RSP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 11 stycznia 2023 r. oraz załączników do wyjaśnień z dnia 2 lutego 2023 r.

2. Kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej

w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sygnity S.A. z siedzibą

w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Ministerstwa Rodziny i Polityki Społecznej w Warszawie na rzecz Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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 808/23

U z a s a d n i e n i e

Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług administrowania, utrzymania infrastruktury i baz danych środowiska technologicznego Oracle Exadata". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane

w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 listopada 2022 r. pod numerem 2023/S 231-667238.

W dniu 23 marca 2023 r. wykonawca Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę RSP Sp. z o.o., pomimo iż Zamawiający – wbrew ciążącym na nim zobowiązaniu – nie odtajnił i nie udostępnił Odwołującemu istotnych informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonej przez tego wykonawcę, co uniemożliwia Odwołującemu weryfikację istotnej części dokumentacji postępowania, której treść może mieć istotne znaczenie dla

rozstrzygnięcia postępowania, z uwagi choćby na możliwość skutecznego zakwestionowania złożonych wyjaśnień i udowodnienia, że oferta RSP Sp. z o.o. powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 2 w zw. z art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa RSP Sp. z o.o. w postaci treści zastrzeżonej części wyjaśnień (a przynajmniej znacznej części tych zastrzeżonych fragmentów wraz z dowodami) złożonych przez tego wykonawcę na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 4 stycznia 2023 r. oraz na ponowne wezwanie z dnia 30 stycznia 2023 r., z uwagi na brak spełnienia przez wykonawcę przesłanek warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia oraz fakt, iż w części nie stanowią one informacji spełniających przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie zastrzeżonych 3

przez RSP Sp. z o.o. informacji w zakresie utajnionych fragmentów złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami zawartymi w pismach z dnia 11 stycznia 2023 r. oraz załącznika do wyjaśnień z dnia 2 lutego 2023 r.

Odwołujący podał, że Zamawiający dwukrotnie zwracał się z wezwaniem do RSP Sp. z o.o. o wyjaśnienie okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej cen 2 lutego 2023 r., przy czym większa część wyjaśnień zawarta w piśmie z dnia 11 stycznia br. wraz z niektórymi załącznikami oraz załącznik zawierający kalkulację pracochłonności załączony do pisma z wyjaśnieniami z dnia 2 lutego br. zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jak wskazał Odwołujący, z treści wyjaśnień złożonych przez RSP Sp. z o.o. wynika, że utajnione informacje dotyczą: „sposobu wyceny przedmiotu zamówienia, podstaw dokonywania tej wyceny oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, a także szacowania pracochłonności i wysokość kosztów pracy". Wobec powyższego, Odwołujący dokonał weryfikacji treści uzasadnienia utajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie firmy RSP Sp. z o.o. i stwierdził, iż w kontekście treści tego uzasadnienia brak jest jakichkolwiek podstaw do pozostawienia ww. informacji w poufności, gdyż wykonawca nie spełnił wymagań ustawowych, warunkujących uznanie dokonanego zastrzeżenia jako skutecznego. Zdaniem Odwołującego, żaden z argumentów przywoływanych w uzasadnieniu utajnienia nie daje podstaw do stwierdzenia, iż ziściły się przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, umożliwiające zachowanie tych informacji w poufności.

Już pierwsza z tych przesłanek nie materializuje się w stosunku do informacji zawartych w Kalkulacji, w szczególności zaś z uwagi na brak udowodnienia istnienia wartości gospodarczej ww. informacji. W ocenie Odwołującego, mimo że odniesień do wartości gospodarczej w wyjaśnieniach RSP Sp. z o.o. jest co najmniej kilka, to w żadnym stopniu wykonawca ten nie wykazał, że właśnie te informacje, które zostały zastrzeżone w jego wyjaśnieniach, posiadają jakąkolwiek wartość gospodarczą. Odwołujący zwrócił uwagę, iż aby twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach mogły zostać uznane za wiarygodne w tym zakresie, wykonawca powinien odnieść się do każdej z kategorii zastrzeżonych informacji osobno

i w stosunku do każdej z nich wykazać zaistnienie spełnienia warunków umożliwiających ich zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący powołał się na pogląd Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażony w wyroku z dnia 1 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 51/21.

Jak zauważył Odwołujący, w przedmiotowej sprawie zastrzeżono cały akapit VIII wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2023 r., który zawiera zasadniczą część wyjaśnień odnoszących się do kalkulacji cenowej. Cała „ujawniona" część wyjaśnień jest natomiast bezwartościowa, gdyż oprócz ogólnych stwierdzeń w zakresie potwierdzenia skalkulowania wszystkich elementów zamówienia oraz wzięcia pod uwagę wieloletniego doświadczenia w realizacji podobnych projektów, nie zawiera żadnych przedmiotowo istotnych informacji, które miałyby tłumaczyć wysokość zaoferowanej ceny. Natomiast w odniesieniu do zastrzeżonej części pisma - wyjaśnień wykonawcy - w żaden sposób nie wynika, na czym miałaby de facto polegać wartość handlowa zastrzeżonych informacji w odniesieniu do każdej z kategorii zastrzeganych informacji, które sam wykonawca wskazuje w pkt 2 wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy w ramach pisma z dnia 11 stycznia br., tj.: (a) sposobu wyceny przedmiotu zamówienia, (b) podstaw dokonywania tej wyceny, (c) czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, (d) szacowanie pracochłonności i (e) wysokość kosztów pracy.

Odwołujący podniósł, że uzasadnienie zastrzeżenia odnosi się zbiorczo do całości wyjaśnień wskazując co do zasady, że wartość gospodarczą tych informacji stanowi wartość utraty konkurencyjnej pozycji RSP Sp. z o.o. na rynku i wartość ta została przez wykonawcę wyceniona na kwotę 1 mln zł. Zdaniem Odwołującego, takie wskazanie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji jest niewystarczające i nie może stać się przyczyną uwzględnienia ich zastrzeżenia. Nie jest bowiem wiadome i nie wynika z żadnych dowodów, na jakiej podstawie RSP Sp. z o.o. przyjęło taką a nie inną wartość zastrzeżonych informacji (1 mln zł), a w szczególności, w jaki sposób obliczona została wartość utraconych korzyści z tytułu ujawnienia tych informacji (brak przy tym informacji, jakie czynniki posłużyły do dokonania takiej kalkulacji). Odwołujący zauważył, że RSP Sp. z o.o. nie wykazała także, że w ogóle zagrożenie skorzystania z tego „cennego źródła informacji" realnie istnieje, czy miało już miejsce i jaka szkoda dla wykonawcy z tego tytułu wynikła. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, w treści wyjaśnień pozostają tylko dość ogólnikowe stwierdzenia nie pozwalające na ustalenie, czy rzeczywiście zastrzeżone informacje jakąkolwiek wartość gospodarczą posiadają, a jeśli tak, to jaka to w rzeczywistości wartość.

Zdaniem Odwołującego, trudno uznać, aby znaczna część informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach jako tajemnica w ogóle mogła być uznana za posiadająca wymiar autorskiego opracowania wykonawcy. Jak zaznaczył Odwołujący, przedmiot zamówienia co do zasady stanowią usługi administrowania, utrzymania infrastruktury i baz danych środowiska

technologicznego Oracle Exadata, a zatem działania ustandaryzowane, oparte nie na metodykach opracowanych przez RSP Sp. z o.o., a na wytycznych w dużej mierze wynikających z zaleceń producenta baz danych (firmy Oracle). Realizować te usługi mają

osoby posiadające odpowiednie doświadczenie i kwalifikacje potwierdzone określonymi certyfikatami, co oznacza, że co do zasady standard realizowanych usług bez względu na wybranego wykonawcę będzie zbliżony. W opinii Odwołującego, trudno sobie wyobrazić, że realizując te same usługi RSP Sp. z o.o. posługując się swoją tajną, niedostępną nikomu na rynku metodyką jest w stanie „zoptymalizować" wykonanie tych prac w zasadzie o połowę w stosunku do innych wykonawców (w tym w stosunku do Odwołującego, który do tej pory realizuje te usługi dla Zamawiającego, mimo że nie stanowią one jego „flagowego zakresu usług"). Co więcej, jak zauważył Odwołujący, cały szereg prac wymienionych w OPZ (a podlegający szacowaniu pracochłonności oraz wycenie) posiada charakter stały, co oznacza, że jest zupełnie oderwany od tego, czy dany wykonawca korzysta z jakiejkolwiek metodyki i jakie miał dotychczas doświadczenia. Ich zoptymalizowanie jest po prostu niemożliwe. Taki charakter mają chociażby szkolenia, które mają być przeprowadzone w konkretnym wymiarze czasowym. Część z kolei zadań, które podlegały wycenie, są to zadania, których czas realizacji jest w dużej mierze zależny od postawy i potrzeb Zamawiającego. Tego typu zadania, jak choćby stworzenie i uzgodnienie dokumentacji, w tym Planu komunikacji, czy procedur bezpieczeństwa albo świadczenie usługi pomocy technicznej pracownikom Zamawiającego, albo realizacja poszczególnych czynności w zakresie utrzymania Exadaty (wymienionych w pkt 15.5.3.2. – 1.5.3.6. OPZ) nie zależą od tego,

w oparciu o jaką metodykę będą realizowane, ale też od tego, czy Zamawiający będzie zgłaszał ewentualne uwagi do dokumentacji, albo z jaką częstotliwością będzie oczekiwał wykonywania określonych obowiązków, co jest nie do przewidzenia w oparciu o jakąkolwiek metodykę.

Odnosząc się do metodologii realizacji projektów utrzymaniowych, na istnienie której i wykorzystanie w tym projekcie powołuje się RSP Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że bardzo wątpliwym jest to, aby po pierwsze RSP Sp. z o.o. rzeczywiście korzystała z jakiejś specjalnej, niedostępnej dla innych podmiotów realizujących standardowe usługi oparte o infrastrukturę Oracle metodyki, a po wtóre, aby treść tej metodyki została ujawniona w zastrzeżonej treści wyjaśnień. Odwołujący zwrócił uwagę, że jak twierdzi RSP Sp. z o.o., „jest to metodologia unikatowa na rynku polskim – została ona wypracowana za granicą w ramach organizacji Wykonawcy i zaimplementowana w działalności Wykonawcy w Polsce". Odwołujący wskazał, że jak wynika z informacji na stronie internetowej RSP Sp. z o.o. () „Firma wywodzi się z Red Stack Tech LLC (aktualnie Data Intesity LCC). W Polsce Red Stack Tech LCC działał od 2014 roku do końca 2017 roku. W ramach procesu transformacji odbywającej na podstawie umowy o współpracy pomiędzy obydwoma firmami, Red Stack Poland przejął wszystkie kontrakty na terenie Polski od Red Stack Tech LCC, a

także zespół techniczny. Red Stack Poland działa w obecnej formie prawnej od września 2017 roku". Oznacza to, w ocenie Odwołującego, iż jeśli rzeczywiście RSP Sp. z o.o. korzysta z jakiejś metodyki, to nie jest to metodyka, której właścicielem jest RSP Sp. z o.o., a Data Indesity LCC, a RSP Sp. z o.o. może z niej jedynie korzystać na mocy jakiegoś porozumienia. Jednakże, jak stwierdził Odwołujący, w takim przypadku tym bardziej nie miałaby problemu z określeniem konkretnej wartości gospodarczej takiej metodyki – wystarczającym byłoby bowiem uzyskanie informacji na temat jej wartości od właściciela i przedstawienie dowodu na tę okoliczność. Odwołujący podał w wątpliwość nie tylko fakt braku udowodnienia wartości gospodarczej metodologii, ale wręcz jej ujawnienie w treści zastrzeżonej części wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego, trudno sobie wyobrazić, aby na 5 stronach zastrzeżonej części wyjaśnień RSP Sp. z o.o. zarówno przedstawiła założenia tajnej, nikomu nieznanej metodologii, wartej według niej co najmniej milion złotych, a jednocześnie zawarła wyjaśnienia w zakresie wszystkich innych elementów związanych zarówno z metodą dokonania wyceny, podstaw jej dokonania, itp. Odwołujący postawił pytanie: Jeśli – w ocenie RSP Sp. z o.o. – ujawnienie zastrzeżonej części wyjaśnień ma narazić tą firmę na straty z uwagi na możliwość poznania przez konkurencję budowanej latami metodyki organizacji usług utrzymaniowych, umożliwiającej optymalizację, a przez to obniżenie kosztów świadczenia tych usług, to dlaczego Zamawiający zmuszony był do zwrócenia się do tego wykonawcy z odrębnym wnioskiem o dokonanie wyjaśnień na temat podstaw szacowania? Odwołujący zauważył, że jeśli da się to wyczytać z metodologii opisanej w zastrzeżonej części, taki wniosek Zamawiającego wydaje się bezsensowny, a wykonawca miał prawo zakwestionować żądanie Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, bardziej prawdopodobnym wnioskiem jest to, że z treści utajnionej przez RSP Sp. z o.o. nie wynikają żadne konkretne informacje na temat zasad stosowanej przez niego metodyki, a to z kolei oznacza, że nie są to informacje, których ujawnienie mogłoby skutkować jakąkolwiek szkodą dla RSP, być może za wyjątkiem potencjalnej możliwości dokonania kontroli prawidłowości dokonanej kalkulacji przez Odwołującego i potencjalnego w oparciu o to doprowadzenia do odrzucenia oferty RSP Sp. z o.o. w tym postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wynika z orzecznictwa: „W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że metodologia kalkulacji ceny może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa „ale pod warunkiem, że ma ona unikalny, autorski charakter i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii. Izba wskazuje w tym miejscu, że Przystępujący nie wykazał, aby stosowana przez niego metoda kalkulacji ceny miała charakter autorski i tym samym zasługiwała na ochronę, w tym zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dostrzec należy, że poza przedstawieniem kalkulacji i stwierdzeniem, że informacja ta ma charakter gospodarczy Przystępujący nie poświęcił słowa celem wyjaśnienia na czym polega jego metoda, dlaczego jest unikalna,

w tym przejawia się jej specyfika i co ją wyróżnia na tle metod typowo stosowanych i tym samym, dlaczego zasługuje na ochronę" (tak: wyrok KIO z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2600/21). Odwołujący zauważył, że analogiczna sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu – oprócz gołosłownych informacji o posiadaniu jakiejś tajnej metodyki realizacji i optymalizacji projektów utrzymaniowych i jej wyjątkowym charakterze oraz niedostępności dla innych wykonawców) brak jest jakiegokolwiek dowodu, że okoliczności te są prawdziwe, a nadto, że metodyka ta została w rzeczywistości zastosowana przy przygotowaniu oferty w tym postępowaniu.

W kwestii wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji Odwołujący zwrócił dodatkowo uwagę na okoliczność, że

RSP Sp. z o.o. dwukrotnie złożyła wyjaśnienia, wskazując każdorazowo na podstawy utajnienia każdego z zastrzeganych pism. Jak wynika z treści wyjaśnień wskazanych w ust. X pkt 2) pisma z dnia 11 stycznia 2023 r., informacje zawarte w zastrzeżonej części pisma obejmują zagadnienia: (a) sposobu wyceny przedmiotu zamówienia, (b) podstaw dokonywania tej wyceny, (c) czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, (d) szacowanie pracochłonności i (e) wysokość kosztów pracy. Jak wynika natomiast z pkt 7) tej części wyjaśnień, ich wycena dokonana przez RSP Sp. z o.o. wynosi co najmniej 1.000.000 zł. W odpowiedzi na drugie wezwanie w wyjaśnieniach z dnia 2 lutego choćby w pkt II tych wyjaśnień RSP Sp. z o.o. wskazuje, iż przedmiotem zastrzeżonego załącznika do wyjaśnień (samo pismo niezawierające jakichkolwiek merytorycznych informacji jest jawne) jest szacowanie pracochłonności poszczególnych zadań. Z kolei z uzasadnienia utajnienia tych informacji (ust. VII pkt 7) wynika, że wartość zastrzeżonych informacji również została wyceniona na kwotę co najmniej 1.000.000 zł. Z powyższego Odwołujący wywiódł, iż kierując się zasadami prostej matematyki należałoby dojść do wniosku, że jeśli wartość informacji zawartych w wyjaśnieniach RSP Sp. z o.o. w zakresie zagadnień opisanych powyżej w pkt a), b), c), d) oraz e) jest warta 1 mln zł, i wartość informacji dotyczących tylko wyceny pracochłonności (odpowiadająca zagadnieniu opisanemu w pkt d) pierwszych wyjaśnień też wynosi 1 mln zł, to znaczy, że zagadnienia opisane w pkt a), b), c) oraz e) wynoszą 0 zł. Zdaniem Odwołującego, kierując się zasadami logiki i wyjaśnieniami wykonawcy należałoby dojść do wniosku, że informacje w zakresie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia, podstaw dokonywania tej wyceny, czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, czy wysokości kosztów pracy nie posiadają wartości gospodarczej, co już choćby z tego powodu oznacza, że nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wątpliwa, w ocenie Odwołującego, jest kwestia realnej wartości zastosowanej metodologii szacowania pracochłonności przyjmowanej w projekcie. Odwołujący wskazał, że

cały zakres prac opisany w OPZ został rozpisany na zadania i do zadań tych została przypisana pracochłonność oszacowana przez RSP Sp. z o.o. dla tego projektu, jak i wpisano realną pracochłonność tych samych zadań w projekcie referencyjnym. Odwołujący założył, że szacowania pracochłonności dokonano albo w oparciu o rzeczywistą pracochłonność

w referencyjnym projekcie lub też – biorąc pod uwagę fakt wskazywania na zastosowanie metodyki wyceny od lat używanej przez RSP Sp. z o.o. – albo oba projekty oszacowano na podstawie założeń tej samej metodyki. Odwołujący podał, że aby możliwe było porównanie ze sobą przez Zamawiającego pracochłonności zakładanej do wykonania w ramach tego projektu z pracochłonnością rzeczywistą zrealizowaną w referencyjnym projekcie należy założyć (nic innego nie wynika z treści wyjaśnień), że realizacja tego samego rodzaju prac przy zastosowaniu tej samej metodyki prowadzenia projektów powinna dawać identyczne, a przynajmniej bardzo zbliżone wyniki (innymi słowy jeśli w projekcie referencyjnym dana kategoria usług była średnio miesięcznie realizowana np. 100h, to i w tym projekcie założona pracochłonność tych zadań powinna być podobna). Ostatecznie więc zarówno pracochłonność, jak i wynikowo koszt realizacji prac tożsamych powinien być taki sam, jeśli przyjąć, że obie usługi były szacowane w oparciu o tą samą metodykę wyceny. W tej sytuacji zdumiewający jest dla Odwołującego wniosek, który wynika z przedstawienia i porównania pracochłonności, a ostatecznie też wartości takich samych prac w dwóch różnych projektach. Odwołujący stwierdził, że jeśli przyjąć, a brak jest jakichkolwiek innych możliwości, aby uznać za podobny, a zatem referencyjny, jakikolwiek inny projekt, niż projekt zrealizowany przez RSP Sp. z o.o. na rzecz GUGiK wykazany w wykazie usług (wykazano co prawda 2 usługi, ale dotyczą tej samej usługi realizowanej na rzecz tego samego Klienta w dwóch następujących po sobie okresach czasu), to okazuje się, że zgodnie z informacjami wskazanymi przez RSP Sp. z o.o. w wykazie usług, czas realizacji referencyjnych prac niezależnie od umowy oscylował w granicach 27 – 28 miesięcy, zaś ich wartość w granicach 1,4 mln – 1,5 mln zł. (przy czym mowa nie o wartości całego kontraktu, ale zakresu prac referencyjnych, tożsamych z przedmiotem niniejszego zamówienia). Odwołujący postawił pytanie: Jeśli przyjąć, że użyta do szacowania pracochłonności i prowadzenia projektu tajna metodyka RSP Sp. z o.o. została użyta w obu projektach do oszacowania podobnych usług, to jak to możliwe, że koszt prac wykonanych przez RSP Sp. z o.o. dla GUGiK w okresie nieco ponad 2 lat jest droższy, niż wartość oferty wykonawcy w tym postępowaniu, obejmująca wartość tych samych prac w okresie 4 lat? Odwołujący wywnioskował, że albo żadna tajna metodyka nie została w tym przypadku zastosowana, gdyż nie istnieje, albo też przyjęty do porównania zgodnie z metodyką RSP Sp. z o.o. projekt referencyjny nie nadaje się do uznania go za jakkolwiek możliwy do porównania, a przedstawienie go jako uprawdopodobniającego aktualną

kalkulację wykonawcy jest zupełnym nadużyciem. Wywód ten – zdaniem Odwołującego jeszcze

w większym stopniu unaocznia fakt, iż zastrzeżenie ww. informacji nie jest oparte o żadne know-how, które w wyniku odtajnienia miałoby zostać ujawnione, ale wyłącznie o chęć uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom dokonania kontroli prawidłowości założeń dotyczących choćby pracochłonności koniecznych do wykonania zadań.

W ocenie Odwołującego, również przesłanka wskazująca na to, iż informacje takie jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób nie została przez wykonawcę wykazana. Zdaniem Odwołującego, RSP Sp. z o.o. nie wykazała,

a przynajmniej nie uprawdopodobniła, że informacje przyjęte w szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych nie są powszechnie dostępne konkurującym z RSP Sp. z o.o. wykonawcom i nie są możliwe przez nich do ustalenia. Odwołujący zaznaczył, że sam fakt dokonania szczegółowej kalkulacji pracochłonności, a w jej konsekwencji również ceny, nie przesądza o jej poufnym charakterze. Odwołujący stwierdził, że poszczególne informacje, czy też kategorie informacji, których utajnienia oczekuje RSP Sp. z o.o. już z samej natury nie mogą stanowić takiej tajemnicy (choćby opisywana powyżej kwestia związana z wyliczeniami pracochłonności dla zadań, dla których została ona narzucona przez Zamawiającego), inne zaś dystrybuuje de facto sam wykonawca. W ocenie Odwołującego, trudno oprzeć się

wrażeniu, że oczekiwanie pozostawienia jako tajnych informacji choćby w zakresie stawek wynagrodzenia osób realizujących przedmiotowe zamówienie, w sytuacji stałego ich udostępniania przez RSP Sp. z o.o. wydaje się zupełnym nadużyciem. Odwołujący wskazał, że zarówno sam fakt przekazania wraz z wyjaśnieniami - jako jawnego - raportu płacowego HAYS pozwala przyjąć, że poziom wyjściowych danych związanych z największymi kosztami ponoszonymi w ramach realizacji zamówienia, a zatem kosztami zaangażowania osób do realizacji projektu, mieści się w granicach określonych w tych raportach. Jednocześnie Odwołujący zwrócił też uwagę, że generalnie poziom zarobków pracowników i współpracowników RSP Sp. z o.o. jest powszechnie znany, wynika on bowiem choćby z treści publikowanych na stronie internetowej tego wykonawcy w zakładce kariera ogłoszeń rekrutacyjnych, gdzie przy każdym stanowisku na które trwa rekrutacja pierwszą informacją jest informacja na temat widełek płacowych dla tych osób.

Odwołujący stwierdził, że przyjmowanie, że stanowiące podstawę kalkulacji informacje o poziomie wynagrodzeń osób zaangażowanych do realizacji projektu są tajne i niedostępne dla innych wykonawców na rynku jest w tych warunkach fikcją. Odwołujący zaznaczył, że nie stanowi tajemnicy informacja na temat personaliów oraz poziomu

kompetencji (w tym posiadanego doświadczenia czy certyfikatów) kadry skierowanej do wykonania tego zamówienia, których dane zawarte są w wykazie osób. W ocenie Odwołującego, nie da się uznać, że w odniesieniu do wszystkich zastrzeżonych przez wykonawcę informacji prawdziwym będzie stwierdzenie, że informacje te nie są znane osobom zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne.

Odwołujący podniósł ponadto, że RSP Sp. z o.o. nie wykazała, że podjęła jakiekolwiek działania zmierzające do zachowania tych informacji w poufności. Odwołujący zauważył, że w wyjaśnieniach wykonawca ten wskazuje na dokonane zastrzeżenie w treści oferty, pisze o tym, iż informacje te nie zostały przedstawione innym podmiotom, czy w końcu, że istnieją w jego przedsiębiorstwie procedury mające na celu ochronę tego typu danych, a także wskazuje na cały szereg zabezpieczeń, jakie potencjalnie stosuje w celu ochrony informacji. Odwołujący stwierdził, że wszystkie te stwierdzenia są gołosłowne i nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami. Brak jest więc jakiegokolwiek dowodu na to, aby została podjęta w przedsiębiorstwie wykonawcy uchwała dotycząca obowiązku stosowania tego typu klauzul w umowach z pracownikami, albo aby wdrożono jakąkolwiek procedurę postępowania z informacjami chronionymi, w tym z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie mówiąc już o tym, że nie jest też znana treść tych dokumentów, więc nie ma też dowodu na to, że są one właściwe dla zabezpieczenia ww. informacji. Trudno przyjąć, w ocenie Odwołującego, aby wykonawca, który jak twierdzi, wdrożył stosowne procedury, stosuje określone klauzule w umowach etc. miał jakiekolwiek problemy z uprawdopodobnieniem swoich twierdzeń w zakresie podjęcia działań zmierzających do zachowania ich w poufności i to nie tylko w teorii, ale też w praktyce. Zdaniem Odwołującego, załączone przez wykonawcę wyciągi z przykładowych umów zawierające klauzule o poufności nie mogą zostać uznane za wystarczające do uznania za spełnione tej przesłanki utajnienia zarówno w związku z tym, że brak jest dowodu na to, że zostały zawarte w umowach tych osób, które uczestniczyły przy przygotowaniu oferty, jak i wobec tego, że brak informacji, jakie konkretnie informacje

w przedsiębiorstwie RSP Sp. z o.o. mogą stanowić informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, uniemożliwia w zasadzie uznanie, że określone rodzaje informacji nie mogłyby zostać ujawnione bez uznania takiego działania za sprzeczne z zawartą przez współpracownika umową. Wszystkie te względy przesądzają, jak uznał Odwołujący, że RSP Sp. z o.o. nie wykazała, iż podjęło wystarczające działania zmierzające do zachowania tych utajnionych informacji w poufności. Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, kwestia wykazania nie oznacza jedynie wskazania określonych czynności podejmowanych przez wykonawcę w celu zachowania w

poufności zastrzeganych informacji, ale konieczność udowodnienia skutecznej ich ochrony. Dla potwierdzenia stanowiska Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

8 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2252/17, oraz wyrok Izby z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa RSP Sp. z o.o. w postaci treści zastrzeżonej części wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia

4 stycznia 2023 r. oraz na ponowne wezwanie z dnia 30 stycznia 2023 r.

Rozpoznając przedmiotowe zarzuty Izba kierowała się wytycznymi aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 500/21, wyrok z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2571/21, wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt KIO 464/22, wyrok z dnia 1 marca 2023 r, sygn. akt KIO 404/23), Sądu Zamówień Publicznych (m.in. wyrok z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, wyrok z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21, wyrok z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22) i TSUE (wyrok z dnia 17 listopada 2022 r.

w sprawie C-54/21) uznając, choćby z uwagi na pochodzenie środków, z jakich finansowane są zamówienia publiczne, że priorytetem przy ich wydatkowaniu powinna być jawność, transparentność i przejrzystość.

Na wstępie przypomnienia wymaga, że fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania wyrażona wprost 12

w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Nie ulega wątpliwości, że wykładnia ww. przepisów powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasad, do stosowania których zamawiający zobowiązany jest w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności (art. 16 ustawy Pzp). W świetle przywołanych powyżej zasad, wszelkie wyłączenia czy ograniczenia zasady jawności powinny być stosowane bardzo rygorystycznie. W tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenia jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady, powinny podlegać wykładni zawężającej, aby ich zastosowanie nie prowadziło do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy zachowania tych zasad w szczątkowej, fasadowej postaci.

Zasadniczy wyjątek, jak ustanawia ustawa Pzp, pozwalający na odstępstwo od zasady jawności, przewidziany został w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika z powołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji, rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została sformułowana w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, 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.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

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

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą" (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji, wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia

w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego, że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż

dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla

wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada (patrz: wyrok SO w Warszawie z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22). Kierując się ww. założeniami zamawiający powinien dokonać oceny czy zaistniały podstawy by daną informację wykonawca mógł zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa i czy uczynił to skutecznie.

RSP Sp. z o.o. w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień w dnia 11 stycznia 2023 r. argumentowała m.in., że nieujawnione informacje dotyczą sposobu wyceny przedmiotu zamówienia, podstaw wyceny, czynników wpływających na obniżenie kosztów, a także szacowania pracochłonności i wysokości kosztów pracy. Wykonawca ten zaznaczył, że zastrzeżone czynniki i założenia nie dotyczą tylko tego konkretnego postępowania, ale również okoliczności związanych z działalnością operacyjną wykonawcy, mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej RSP Sp. z o.o., gdyż ujawniają założenia wypracowanej przez lata polityki cenowej wykonawcy, a przede wszystkim metody i zasady wyceny usług, w tym unikatowe rozwiązania techniczne i technologiczne. Jak wskazała RSP Sp. z o.o., ujawnienie ww. informacji wiąże się z możliwością poniesienia szkody przez zmniejszenie szans na zaoferowanie w kolejnych postępowaniach konkurencyjnej ceny, a co za tym idzie, pozyskanie kolejnych zamówień. RSP Sp. z o.o. zwróciła uwagę, że w objętej tajemnicą części wyjaśnień znalazły się informacje na temat unikalnych dla wykonawcy, autorskich rozwiązań technicznych i organizacyjnych, które pozwalają na usprawnienie pracy, a co za tym idzie, zmniejszenie pracochłonności i kosztów realizacji projektów. RSP Sp. z o.o. podkreśliła, że tajemnicą przedsiębiorstwa jest stosowana przez wykonawcę metodologia realizacji projektów utrzymaniowych, gdyż jest to metodologii unikatowa na rynku polskim. Metodologia ta w połączeniu z pozostałymi czynnikami daje przewagę konkurencyjną i pozwala na znaczącą optymalizację pracochłonności i zmniejszenie kosztów realizacji. RSP Sp. z o.o. określiła wartość gospodarczą zastrzeganych informacji na kwotę rzędu 1 000 000 zł. Wykonawca podał, że wartość ta przejawia się w wartości zamówień, które wykonawca ten może utracić, jeśli konkurencja będzie w stanie oszacować koszty i ceny ofertowe, są także w wartości nakładów poniesionych na wypracowanie rozwiązań technicznych usprawniających pracę i dających wykonawcy przewagę, oraz wysokości kosztów, które konkurencja może zaoszczędzić wdrażając analogiczne rozwiązania. RSP Sp. z o.o. oświadczyła, że zastrzeżone informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie były i nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji

albo nie są łatwo dostępne dla tych osób, a wykonawca podjął działania w celu utrzymania ich w poufności. Jak wyjaśniła RSP Sp. z o.o., zgodnie z procedurą obowiązującą u wykonawcy, informacje takie, jak zastrzeżone w ramach wyjaśnień, nie są ujawniane osobom, dla których ich znajomość nie jest niezbędna i podlegają ochronie jako informacje poufne. Wszyscy pracownicy posiadają w swoich umowach klauzule zobowiązujące ich do zachowania poufności. Dodatkowo, wykonawca wprowadził odpowiednie zabezpieczenia w systemach informatycznych używanych przez pracowników i współpracowników. Zabezpieczenia te polegają m.in. na udzieleniu dostępu do poszczególnych rodzajów informacji wyłącznie osobom uprawnionym oraz wprowadzeniu obowiązku stosowania zabezpieczeń na komputerach przez wszystkich pracowników i współpracowników wykonawcy.

Zastrzegając załączniki do wyjaśnień z 2 lutego 2023 r. RSP Sp. z o.o. podała ponadto, że zawierają one przedstawienie sposobu szacowania czasochłonności poszczególnych zadań składających się na przedmiot zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie tej czasochłonności w odniesieniu do poszczególnych zadań. Wykonawca argumentował, że objęta tajemnicą kolumna w Załączniku nr 1 – Kalkulacja pracochłonności, jak i dowody załączone do Kalkulacji dotyczą innego realizowanego przez wykonawcę zamówienia o zbliżonym przedmiocie. Ujawniają one dane wewnętrzne wykonawcy dotyczące realizacji tego zamówienia oraz liczby i czasochłonności poszczególnych zadań. Załączniki do Kalkulacji ujawniają również imiona i nazwiska pracowników i współpracowników wykonawcy, a zatem podlegają ochronie również z uwagi na RODO. RSP Sp. z o.o. ponownie powołała się na unikalne, autorskie rozwiązania techniczne i organizacyjne, w tym metodologię realizacji projektów utrzymaniowych. Wykonawca stwierdził, że wartość gospodarcza zastrzeganych informacji to kwota rzędu 1 000 000 zł. Wartość ta przejawia się w wartości zamówień, które wykonawca może utracić w przypadku, gdy konkurencja będzie w stanie oszacować koszty i ceny na podstawie poznanej czasochłonności, a także wartość utraconych możliwości uzyskania doświadczenia i renomy wynikających z realizacji przyszłych zamówień.

Po analizie uzasadnień zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień udzielonych przez RSP Sp. z o.o. w dniach 11 stycznia 2023 r. i 2 lutego 2023 r. Izba stwierdziła, że wykonawca ten nie udźwignął ciężaru wykazania, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki pozwalające na tego rodzaju ochronę.

W ocenie Izby, charakter zastrzeżonych informacji nie wskazuje na zasadność ich ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim, na ochronę nie zasługuje informacja o wprowadzonych przez wykonawcę autorskich, unikalnych rozwiązaniach

technicznych i organizacyjnych. Informacje tego rodzaju nie są w stanie pogorszyć sytuacji rynkowej RSP Sp. z o.o., ani też wypłynąć pozytywnie na sytuację rynkową konkurentów, skoro wykonawcy ci mogą jedynie posiąść wiedzę, że w spółce RSP funkcjonuje np. metodologia realizacji projektów utrzymaniowych, która jednak nie została zaprezentowana w wyjaśnieniach. Podkreślenia wymaga, że w złożonych wyjaśnieniach RSP Sp. z o.o. nie zawarła szczegółowych opisów wspomnianych rozwiązań. Wykonawcy nie mogą zatem z treści złożonych wyjaśnień powziąć wiedzy o szczegółach rozwiązań, które ewentualnie mogliby wprowadzić w swoich podmiotach. Sama informacja o tym, że RSP Sp. z o.o. wprowadziła unikalne, autorskie rozwiązania, bez ujawnienia tych rozwiązań, w żaden sposób nie wpływa na sytuację tego wykonawcy na rynku.

Tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny także stanowić informacje co do sposobu kalkulacji ceny, w tym stawki oferowane specjalistom. Cena za realizację zamówienia to istotny czynnik oferty, naturalny element, którym konkurują wykonawcy. Istotne są zatem czynniki mogące mieć wpływ na jej obniżenie, nie zaś sama kwota, która może być nieosiągalna dla konkurenta, jeśli nie posiada on rozwiązań pozwalających na obniżenie ceny. Podobnie rzecz się ma w przypadku kalkulacji pracochłonności. Izba miała na uwadze, że nie ma dwóch identycznych postępowań, w każdym postępowaniu przedmiot zamówienia będzie czymś się różnił, stąd informacje na temat kalkulacji pracochłonności w ramach tego konkretnego zadania nie przekładają się 1:1 na inne postępowania. Ponadto, informacja na temat skalkulowania pracochłonności nie może zostać wykorzystana przez konkurencję, jeśli nie posiada ona unikalnych, dostępnych tylko RSP Sp. z o.o. rozwiązań pozwalających na jej obniżenie. Powyższe dotyczy również powoływanego przez RSP Sp. z o.o. jako dowód postępowania o zbliżonym przedmiocie.

Izba zważyła również, że RSP Sp. z o.o. podała wprawdzie kwotę, na jaką wycenia wartość gospodarczą informacji zastrzeganych w złożonych wyjaśnieniach, jednak, wykonawca ten w żaden sposób nie wyjaśnił, jak skalkulował tę wartość, z jakich czynników się ona składa.

RSP Sp. z o.o. nie wykazała ponadto istotnego elementu tajemnicy przedsiębiorstwa, jakim jest podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności. Wykonawca złożył oświadczenie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę dla podmiotów trzecich, że w jego organizacji stosowane są procedury mające na celu ochronę informacji, że wszyscy pracownicy posiadają w swoich umowach odpowiednie klauzule, a także, że wykonawca wprowadził odpowiednie zabezpieczenia w systemach informatycznych. Wskazanie ww. okoliczności opierało się jednak wyłącznie na deklaracji, wykonawca nie złożył dowodów na poparcie ww. twierdzeń, a zatem nie wykazał wypełnienia tej przesłanki. Wykazanie to było, w ocenie Izby, możliwe, przez złożenie np.

umów

z pracownikami zaangażowanym w realizację przedmiotowego zamówienia, czy procedur mających na celu ochronę informacji, skoro, zgodnie z oświadczeniem wykonawcy, takie procedury funkcjonują.

Podkreślenia wymaga, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni mieć świadomość reguł, jakimi rządzą się tego rodzaju postępowania, w tym zasady jawności. Składając ofertę w takim postępowaniu wykonawca musi liczyć się z tym, że jego oferta, zawarta umowa, a także inne informacje podane w toku postępowania zostaną ujawnione. Wyjątki od tej zasady powinny być nieliczne i rzetelnie wykazane.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, podniesiony zarzut znalazł potwierdzenie w zebranym w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie Zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Uznając zastrzeżenie opisanych powyżej informacji za bezskuteczne, Izba nakazała odtajnienie dokumentów w zakresie wskazanym w sentencji orzeczenia. Czynność ta może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, jako że wykonawca po zapoznaniu się z treścią dokumentów objętych zarzutami, będzie miał możliwość oceny prawidłowości czynności podjętych przez Zamawiającego. Z tego względu, Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący

sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponosi zamawiający. W takiej sytuacji Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba nakazała zapłatę przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty stanowiącej równowartość wpisu od odwołania, tj. 15 000 zł.

Przewodniczący: ……..