Sygn. akt: KIO 4074/24

WYROK

Warszawa, dnia 25 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Ewa Sikorska
Protokolantka:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Mazowiecki Szpital Bródnowski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi, Naprzód Marketing Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Mazowieckiemu Szpitalowi Bródnowskiemu Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** – w zakresie części 1. zamówienia – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie wyjaśnień ceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Naprzód Marketing Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** i dokonanie ponownej oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Mazowiecki Szpital Bródnowski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:
- kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę **34 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy), poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od dwóch pełnomocnictw,
- kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego – **Mazowiecki Szpital Bródnowski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**– tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2. zasądza od zamawiającego – **Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** – na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** – kwotę **18 634 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu – odpowiednio – wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od dwóch pełnomocnictw

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych.

……..

Sygn. akt: KIO 4074/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowiecki Szpital Bródnowski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest kompleksowa usługa utrzymania w czystości i dezynfekcji obszarów i pomieszczeń Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego Sp. z o.o. wraz z filiami.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawą P.z.p.
W dniu 4 listopada 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec niezgodnego z przepisami ustawy P.z.p. wyboru jako najkorzystniejszej dla części 1. zamówienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Naprzód Marketing Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością oraz Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (zwanych dalej także „Konsorcjum Naprzód" lub „przystępującym"), która to oferta powinna zostać odrzucona jako oferta zawierająca rażąco niską cenę, zaniechania odrzucenia tej oferty, zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Naprzód Marketing Sp. z o.o. oraz Naprzód Hospital Sp. z o.o., jak też zaniechanie udostępnienia odwołującemu całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie ze złożonym wnioskiem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1-3 ustawy P.z.p. w zw. z w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie ujawnienia i przekazania odwołującemu wyjaśnień ceny oferty złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Naprzód Marketing Sp. z o.o. oraz Naprzód Hospital Sp. z o.o., a w konsekwencji prowadzenie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz podstawowymi zasadami, bez zachowania w nim uczciwej konkurencji oraz przejrzystości,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 i dotyczącego go żądania:

2. art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przekazania odwołującemu całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo złożonej prośby,
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy lub art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Naprzód Marketing Sp. z o.o. oraz Naprzód Hospital Sp. z o.o., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i/lub wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. przekazania odwołującemu całości dokumentacji postępowania – w całym zakresie dotychczas mu nieprzekazanym,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ujawnienia wyjaśnień ceny oferty złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Naprzód Marketing Sp. z o.o. oraz Naprzód Hospital Sp. z o.o. lub – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu i żądania ujawnienia ww. wyjaśnień – nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez tych wykonawców jako zawierającej rażąco niską cenę,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia i złożył w postępowaniu ofertę, która powinna była zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą również dla części 1. zamówienia, a z odwołującym powinna zostać zawarta stosowna umowa na wykonanie tej części zamówienia. Jednak w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku i szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, a zatem osiągnięcia zysku z tytułu jego wykonania. W szczególności odwołujący – pomimo przekonania (ze względu na wysokość ceny oferty Konsorcjum Naprzód, znacznie odbiegającą od wyceny odwołującego oraz wartości szacunkowej zamówienia), że w ofercie Konsorcjum Naprzód została zaoferowana cena rażąco niska – nie ma możliwości zweryfikowania prawidłowości wyceny oferty złożonej przez Konsorcjum Naprzód w tym jej zgodności z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia i przepisami prawa, z uwagi na bezprawną czynność utajnienia wyjaśnień dotyczących ceny tej oferty. W konsekwencji za ofertę najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę podlegającą odrzuceniu, zamiast oferty odwołującego, co wprost narusza interes odwołującego i powoduje szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia i osiągnięcia w wyniku jego realizacji spodziewanego zysku.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 listopada 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi, Naprzód Marketing Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi. Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt. 15.4.4. i 15.14 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający zawarł zasady zastrzeżenia dokumentów. Zgodnie ze wskazanymi postanowieniami wykonawca powinien szczegółowo wykazać:

1) że informacja stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą, np. poprzez wskazanie, które z podanych danych zawarte w tych dokumentach stanowią taką wartość,

2) czy informacja 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 (w szczególności czy w/w informacje nie są dostępne na stronach internetowych),

3) czy uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności (poprzez wskazanie sposobu ochrony fizycznej dokumentów np. monitoring, sejfy oraz ochrony prawnej np. umowy cywilnoprawne z pracownikami dot. zachowania tajemnicy, odpowiednie akty wewnętrzne dotyczące obiegu dokumentów),

4) czy wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa następuje za zgodą uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i nie narusza obowiązku ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikającego z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu *(dowód: SWZ).*

Zamawiający oszacował wartość zamówienia w zakresie części 1. na kwotę 7 613 448,40 zł, co stanowi równowartość 1 641 855,55 euro.

W postępowaniu na część 1. wpłynęły 2 oferty:

1)oferta przystępującego z ceną: 5 744 404,35 zł,
2)oferta odwołującego z ceną: 7 166 256,88 zł

(dowód: protokół postępowania)

Pismem z dnia 25 września 2024 roku zamawiający poinformował o poprawieniu omyłek w ofercie przystępującego, wskazując, co następuje:

(…) Zamawiający poprawia w specyfikacji asortymentowo cenowej kolumnę „Wartość usługi netto za 33 miesiące" oraz kolumnę „Wartość usługi brutto za 33 miesiące" w części nr 1 na:

„wartość usługi netto za 33 miesiące"

472 527,00 zł

„Wartość usługi brutto za 33 miesiące"

581 208,21 zł

Zamawiający w/w kwoty z pozycji „Sprzątanie interwencyjne pozostałych, nie objętych w Zamówieniu obszarów i pomieszczeń Zamawiającego (tj. kliniki i oddziały Szpitala) Uwaga: szacowana, dodatkowa powierzchnia tych obszarów może wynosić do 10% powierzchni całkowitej ujętej w Opisie Przedmiotu Zamówienia" dodaje do sumy zestawienia łącznej ceny zamówienia, która wynosi 6 325 612,60 zł.

W konsekwencji dokonanych poprawek zmianie uległa wartość netto i wartość brutto oferty Wykonawcy

Wskazanym w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ w części nr 1

Część 1

Łączna wartość netto za realizacje przedmiotu zamówienia: 5 212 068,83 zł

Łączna wartość brutto za realizacje przedmiotu zamówienia: 6 325 612,60 zł, w tym podatek VAT w stawce: 23% oraz 8% (dowód: pismo z dnia 25 września 2024 roku).

Pismem z dnia 27 września 2024 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny *(dowód: pismo z dnia 27 września 2024 roku).*

Pismem z dnia 2 października 2024 roku zamawiający unieważnił czynność wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny *(dowód: pismo z dnia 2 października 2024 roku).*

Pismem z dnia 2 października 2024 roku zamawiający ponownie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny *(dowód: pismo z dnia 2 października 2024 roku).*

W wyznaczonym terminie przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Przystępujący zastrzegł złożone wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując, co następuje:

Niniejszym na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na potrzeby postępowania na:

„Kompleksowa usługa utrzymania w czystości i dezynfekcji obszarów i pomieszczeń Mazowieckiego szpitala Bródnowskiego Sp. z o.o. wraz z filiami MSB/PN/57/07/2024", Wykonawca utajnia zarówno sam dokument wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jak i dokumenty dołączone do tych wyjaśnień.

Dokumenty objęte w ofercie klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa" nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości w danym zakresie, a Wykonawca Naprzód Hospital Sp. z o.o. oraz Naprzód Marketing Sp. z o. podjął w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy 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 daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione następujące warunki:

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

2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

Nadto informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Biorąc pod uwagę wyżej zacytowaną legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa należy stwierdzić, iż część oferty zastrzeżona Naprzód Hospital Sp. z o.o. oraz Naprzód Marketing Sp. z o.o. jest prawidłowo utajniona

Dodatkowe wyjaśniania dot. ceny oferty, jako informacja o sposobie kalkulacji ceny ofertowej, przedstawia samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony tej informacji przed bezprawnym ujawnieniem. Ekonomiczna wartość tej informacji wynika z faktu, że zawiera ona dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy, z kolei konkurenci mogliby pozyskać informacje, na podstawie których mogliby przewidywać stosowaną przez wykonawcę strategię budowania ceny, oferować ceny niższe, czy wprost stosować tę strategię. Pozyskanie tych danych przez konkurentów dawałoby im przewagę na rynku w przyszłych przetargach. Powyższe prowadzi do wniosku, że informacje, o których mowa, mają – w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego – wartość gospodarczą dla wykonawcy. Przekazane informacje NIE są ogólnie znane lub łatwo dostępne. Co więcej informacje, wynikające z orzeczeń o niepełnosprawności tj. sam fakt niepełnosprawności, jak i stopień niepełnosprawności, stanowią dane wrażliwe w rozumieniu art. 9 ROZPORZĄDZENIE PARLAMENT EUROPEJSKIEGO I RADY (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)

Dane takie podlegają szczególnej ochronie i pracodawca zobowiązany jest do przetwarzania ich w sposób zgodny z prawem, w szczególności do nieudostępniania osobom trzecim. Dlatego wgląd do tych dokumentów może mieć jedynie Zamawiający. Udostępnienie tych danych podmiotom, nieuprawnionym stanowi przestępstwo w rozumieniu art. 107 ustawy o ochronie danych osobowych.

Należy wskazać, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach zostały opracowane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej zamawiającego oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań przedmiotowego postępowania pn.: „Kompleksowa usługa utrzymania w czystości i dezynfekcji obszarów i pomieszczeń Mazowieckiego szpitala Bródnowskiego Sp. z o.o. wraz z filiami MSB/PN/57/07/2024". Istotą tych informacji jest opracowany szczegółowy sposób działania, tak, aby mógł być osiągnięty cel w postaci prawidłowego i konkurencyjnego wykonania usługi.

Wykonawcy opracowali własne rozwiązanie organizacyjne i technologiczne oraz własne metody uzyskiwania oszczędności w procesie sprzątania, które dają im przewagę konkurencyjną na rynku. Utrata tej przewagi spowoduje ogromne straty finansowe dla Wykonawców. Wieloletnie doświadczenie zdobyte przez Wykonawcę pozwala na zaoferowanie wykonywania usług na możliwie najwyższym poziomie, przy wykorzystaniu zdobytej wiedzy oraz metod działania do wymagań zamawiającego i specyfiki przedmiotu zamówienia. Wiedza w zakresie metod wykonywania usługi, jaką dysponuje Wykonawca stanowi jedną z najistotniejszych jej wartości, pozwala na zoptymalizowanie kosztów oraz maksymalizację zysków. Wobec powyższego, w/w informacje stanowią, także wartość gospodarczą przedsiębiorstwa, gdyż obrazują rozwiązania zastosowane przy kalkulacji ceny oferty Wykonawcy.

Zastrzeżona część oferty nie została ujawniona do wiadomości publicznej. Dodatkowo Wykonawca Naprzód Hospital Sp. z o.o. oraz Naprzód Marketing Sp. z o. podjął w stosunku do utajnionych w ofercie informacji niezbędne działania w celu zachowania ich w tajemnicy. Wykonawca Naprzód Hospital Sp. z o.o. oraz Naprzód Marketing Sp. z o. posiada wewnętrzne procedury, ażeby jej pracownicy zachowali w poufności informacje, z którymi zetknęli się podczas wykonywania obowiązków służbowych, tak by nie zostały udostępnione podmiotom wykonującym działalność konkurencyjną na rynku. Podjęte przez Wykonawców działania mają charakter konkretny i rozsądny. Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci kalkulacji ceny oferty uwzględniających koszty świadczenie usługi dla konkretnego Zamawiającego odbywa się poprzez wymóg zachowania poufności przez pracowników Wykonawców mających dostęp do tych informacji, stosowania umownych klauzul zachowania poufności oraz zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp.

Wskazuję, że Wykonawca wdrożył procedury zmierzające do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa ww. dokumentów i zapewniła organizację oraz środki techniczne takie jak:

a) zobowiązanie Pracowników, którzy mają dostęp do danych mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (w tym kalkulacji ofert) do zachowania tych danych w poufności (w załączeniu wzór oświadczenia);

b) kontrola dostępu do pomieszczeń będących w posiadaniu Spółki za pomocą karty magnetycznej;

c) monitoring pomieszczeń i systemy alarmowe;

d) przechowywanie wiadomości na serwerze z hasłem dostępu;

e) pełna identyfikacja użytkowników logujących się do sieci firmowej (loginy użytkownika z hasłem, historia logowań, bezpieczne hasła z koniecznością ich zmiany co jakiś czas);

f) zabezpieczenie sieci: zapory sieciowe - firewall, systemy antywirusowe, korzystanie z wirtualnej sieci prywatnej VPN.

Wobec powyższego należy podkreślić, że zastrzeżone informacje korzystają z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa i jako takie nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim.

Dodatkowo Wykonawca zastrzega dokumenty takie jak .zaświadczenia administratora systemów informatycznych o stosowanych przez Wykonawcę zabezpieczeniach poufności danych, wzór umowy o poufności stosowany w Grupie kapitałowej Wykonawcy, wyciąg z Regulaminu Pracy Wykonawcy dotyczący przestrzegania tajemnicy służbowej, wyciąg z Kodeksu Etyki w zakresie naruszenia poufności i tajemnicy handlowej. Są to wewnętrzne dokumenty wykonawcy, stanowiące część polityki poufności dlatego posiadają wartość gospodarczą. Ich ujawnienie do wiadomości podmiotom konkurencyjnym naraziłoby wykonawcę na szkodę albowiem podmioty konkurencyjny nie powinny wiedzieć jaką politykę poufności wróżył podmiot konkurencyjny albowiem mogą te informacje wykorzystać aby ułatwić sobie pozyskiwanie danych poufnych konkurenta.

Załączniki:

1.zaświadczenia administratora systemów informatycznych o stosowanych przez Wykonawcę zabezpieczeniach poufności danych,

2. wzór umowy o poufności stosowany w Grupie kapitałowej Wykonawcy,

3. wyciąg z Regulaminu Pracy Wykonawcy dotyczący przestrzegania tajemnicy służbowej,

4. wyciąg z Kodeksu Etyki w zakresie naruszenia poufności i tajemnicy handlowej,

5. wyjaśnienia, w tym dowody dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie w Postępowaniu (dowód: „Uzasadnienie

informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” z dnia 7 października 2024 roku)

Zamawiający pismem z dnia 18 października 2024 roku poinformował o ujawnieniu uzasadnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując, co następuje:

Zamawiający informuje, iż na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.”

Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca przesłał uzasadnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z wyjaśnieniami. Stosowne uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być zastrzeżone, gdyż podlega weryfikacji innych wykonawców.

Z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) definiującej pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, 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. Zasady zastrzeżenia dokumentów wskazane są w pkt 15.4.4 i 15.14 SWZ. Wykonawca powinien więc szczegółowo wykazać:

1)że informacja stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą, np. poprzez wskazanie, które z podanych danych zawarte w tych dokumentach stanowią taką wartość,

2)czy informacja 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 (w szczególności czy w/w informacje nie są dostępne na stronach internetowych),

3)czy uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności (poprzez wskazanie sposobu ochrony fizycznej dokumentów np. monitoring, sejfy oraz ochrony prawnej np. umowy cywilnoprawne z pracownikami dot. zachowania tajemnicy, odpowiednie akty wewnętrzne dotyczące obiegu dokumentów),

4)czy wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa następuje za zgodą uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i nie narusza obowiązku ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikającego z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu.

Brak wykazania bądź niewystarczające wyjaśnienia i dowody, iż informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji będzie powodowało, iż art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie będzie miał zastosowania, a dokumenty (informacje), które zostały w nieprawidłowy sposób zastrzeżone zostaną udostępnione innym Wykonawcom oraz podmiotom składającym wniosek o ich udostępnienie.

Mając na względzie treść art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy stwierdzić, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę na nałożony przez Ustawodawcę obowiązek wykazania, który oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za wykazanie nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz do przywołania treści art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazał również na moment, w którym powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. Stwierdzenie: "jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał" oznacza, że wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, dla uznania skuteczności zastrzeżenia, musi nastąpić

równocześnie ze złożeniem dokumentów zawierających tajemnicę. Zaznaczyć należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie sporu przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie: Czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane przez siebie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa? Nie jest też rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 04 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2551/21 oraz KIO 2573/21).

Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem służy ono weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przekazywanych informacji.

Nie jest więc możliwe zastrzeżenie wywodu wykazującego wystąpienie tajemnicy, gdyż Zamawiający w formularzu ofertowym wskazał konieczność przedstawienia stosownego uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, więc jest to dokument jawny, do którego ma każdy dostęp.

W tej sytuacji Zamawiający informuje, iż nie może uznać za skuteczne dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia: uzasadnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa i odtajnia treści w niej zawarte (dowód: pismo z dnia 18 października 2024 roku).

Pismem z dnia 23 października 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego *(dowód: pismo z dnia 23 października 2024 roku).*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie należy uznać za uzasadnione w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy P.z.p. w zw. z w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie ujawnienia i przekazania odwołującemu wyjaśnień ceny oferty złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Naprzód Marketing Sp. z o.o. oraz Naprzód Hospital Sp. z o.o.

W związku z tym, że pozostałe zarzuty odwołanie zostały podniesione jedynie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego wyżej, Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, ze odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

W ocenie Izby przystępujący dokonał zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień zaoferowanej ceny, nie wykazując wszystkich niezbędnych przesłanek takiego zastrzeżenia, wskazanych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do którego to przepisu referuje art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Stosownie do art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz

wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

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

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,

- informacje te 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

- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Wskazany wyżej przepis ustawy jest pochodną brzmienia art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 Parlamentu Europejskiego i Rady z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, zgodnie z którym, aby zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać następujące przesłanki:

a) zastrzeżone informacje muszą być poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;

b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;

c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Z powyższego wynika, że tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić tylko takie informacje, które posiadają wartość gospodarczą. I tak w motywach wskazanej dyrektywy wskazano, że jednolita definicja tajemnicy przedsiębiorstwa – przyjęta w unijnych porządkach prawnych – powinna uwzględniać know-how, informacje handlowe i informacje techniczne – a niniejsze informacje powinny mieć rzeczywistą lub potencjalną wartość handlową, powinny to być informacje o wartości handlowej, a ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów osoby, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurowania.

Ciężar wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje, co oznacza, że wykonawca winien wykazać istnienie wszystkich wskazanych wyżej przesłanek uzasadniających dokonanie zastrzeżenia.

W ocenie Izby przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą. W uzasadnieniu dokonanego zastrzeżenia przystępujący w tym zakresie wskazał na następujące okoliczności:

Dodatkowe wyjaśniania dot. ceny oferty, jako informacja o sposobie kalkulacji ceny ofertowej, przedstawia samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony tej informacji przed bezprawnym ujawnieniem. Ekonomiczna wartość tej informacji wynika z faktu, że zawiera ona dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy, z kolei konkurenci mogliby pozyskać informacje, na podstawie których mogliby przewidywać stosowaną przez wykonawcę strategię budowania ceny, oferować ceny niższe, czy wprost stosować tę strategię. Pozyskanie tych danych przez konkurentów dawałoby im przewagę na rynku w przyszłych przetargach. Powyższe prowadzi do wniosku, że informacje, o których mowa, mają – w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego – wartość gospodarczą dla wykonawcy (…)

Należy wskazać, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach zostały opracowane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej zamawiającego oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań

przedmiotowego postępowania pn.: „Kompleksowa usługa utrzymania w czystości i dezynfekcji obszarów i pomieszczeń Mazowieckiego szpitala Bródnowskiego Sp. z o.o. wraz z filiami MSB/PN/57/07/2024". Istotą tych informacji jest opracowany szczegółowy sposób działania, tak, aby mógł być osiągnięty cel w postaci prawidłowego i konkurencyjnego wykonania usługi. Wykonawcy opracowali własne rozwiązanie organizacyjne i technologiczne oraz własne metody uzyskiwania oszczędności w procesie sprzątania, które dają im przewagę konkurencyjną na rynku. Utrata tej przewagi spowoduje ogromne straty finansowe dla Wykonawców. Wieloletnie doświadczenie zdobyte przez Wykonawcę pozwala na zaoferowanie wykonywania usług na możliwie najwyższym poziomie, przy wykorzystaniu zdobytej wiedzy oraz metod działania do wymagań zamawiającego i specyfiki przedmiotu zamówienia. Wiedza w zakresie metod wykonywania usługi, jaką dysponuje Wykonawca stanowi jedną z najistotniejszych jej wartości, pozwala na zoptymalizowanie kosztów oraz maksymalizację zysków. Wobec powyższego, w/w informacje stanowią, także wartość gospodarczą przedsiębiorstwa, gdyż obrazują rozwiązania zastosowane przy kalkulacji ceny oferty Wykonawcy.

W ocenie Izby wskazany wyżej fragment uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia charakteryzuje się zbyt wysokim stopniem lakoniczności, by móc uznać go za skuteczne wykazanie, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą. Podkreślić należy, że wykonawca w składanych wyjaśnieniach wskazuje na ogół różnego rodzaju informacje, z których każda może mieć inne znaczenie gospodarcze i w inny sposób kształtuje sytuację rynkową wykonawcy. Określenie ich wszystkich jednym sformułowaniem jako strategia budowania ceny należy uznać za zbyt ogólne. Ponadto jedynym uzasadnieniem mającym wykazać fakt, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą dla przystępującego jest stwierdzenie, iż ich pozyskanie przez konkurentów dałoby im przewagę w przyszłych przetargach. Przystępujący nie wyjaśnił przy tym, na czym polega unikalność zastosowanej przez niego strategii cenowej ani też w jaki sposób na podstawie tych informacji inni wykonawcy mogliby oferować niższe ceny.

Ponadto przystępujący sam przyznaje, że *informacje zawarte w wyjaśnieniach zostały opracowane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej zamawiającego oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań przedmiotowego postępowania.* W tym miejscu Izba wskazuje, iż zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 listopada 2022 roku, sygn. akt C-51/24, motyw 78, nie można przypisać wartości gospodarczej informacjom, które są istotne w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale nie mają takiej wartości w szerszym kontekście działalności wykonawcy. Co prawda wykonawca w dalszej części wyjaśnień wskazuje na *własne rozwiązanie organizacyjne i technologiczne oraz własne metody uzyskiwania oszczędności w procesie sprzątania, które dają im przewagę konkurencyjną na rynku,* niemniej jednak sformułowania te są bardzo ogólne i nie dają żadnej wiedzy w zakresie tego, na czym polega oryginalność zastosowanych rozwiązań. Podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest usługa sprzątania, czyli usługa o powszechnym charakterze, niewymagająca tworzenia indywidualnych koncepcji o charakterze twórczym, zaś zastosowane metody oszczędności muszą być zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawnymi. Tym samym, w ocenie Izby, przystępujący nie wykazał gospodarczej wartości zastrzeżonych informacji.

Odnosząc się do stanowiska przystępującego, iż *informacje wynikające z orzeczeń o niepełnosprawności tj. sam fakt niepełnosprawności, jak i stopień niepełnosprawności, stanowią dane wrażliwe w rozumieniu art. 9 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 oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE,* Izba wskazuje, że dane te nie wchodzą w zakres informacji, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., do którego referuje art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. Administrator tych danych obowiązany jest do ich ochrony na podstawie odrębnych przepisów, w tym w szczególności ustawy z dnia 10 maja 2018 roku o ochronie danych osobowych (Dz. U. z2019 roku, poz. 1781).

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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).

Przewodniczący:……