

WYROK

Warszawa, dnia 29 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CLAR SYSTEM SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, CLAR SERWIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, "SOLCOM-BAYARD" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ZAKŁAD UBEZPIECZEŃ SPOŁECZNYCH z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego "ERA" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie, NOVIA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie, KOMES OCHRONA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny oferty, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia "ERA" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie, NOVIA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie, KOMES OCHRONA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie w ramach wyjaśnień oraz wyjaśnień uzupełniających w zakresie rażąco niskiej ceny
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego ZAKŁAD UBEZPIECZEŃ SPOŁECZNYCH z siedzibą 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CLAR SYSTEM SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, CLAR SERWIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, "SOLCOM-BAYARD" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 740 zł 60 gr (słownie: siedemset czterdzieści złotych sześćdziesiąt groszy) oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców tytułem kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika
 - 2.2. zasądza od zamawiającego ZAKŁADU UBEZPIECZEŃ SPOŁECZNYCH z siedzibą w Warszawie rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CLAR SYSTEM SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, CLAR SERWIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, "SOLCOM-BAYARD" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu kwotę 19 040 zł 60 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta czterdzieści złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania, dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 1492/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Usługa sprzątnięcia i pielęgnacji terenów zielonych w obiektach Oddziału ZUS we Wrocławiu”, nr referencyjny: 470000.271.8.2023-ZAP.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2024 r. pod numerem: 83258-2024.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia CLAR SYSTEM SPÓŁK. AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, CLAR SERWIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, "SOLCOM-BAYARD" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu („Odwołujący”) w dniu 29 kwietnia 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z ustawą czynności Zamawiającego oraz od zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności, do których był zobligowany przepisami ustawy Pzp, a mianowicie od zaniechania udostępnienia Odwołującemu przez Zamawiającego złożonych w postępowaniu przez wykonawcę Era wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które to wyjaśnienia niesłusznie zostały potraktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy Era.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.naruszenie przepisu art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 74 ust. 1 i ust. 2 oraz w zw. z art. 513, art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuprawnione zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu się treści wyjaśnień (pierwotnych wyjaśnień oraz ich uzupełnień) złożonych przez wykonawcę Konsorcjum firm: Era Spółka z o.o., Novia Spółka z o.o. oraz Komes Ochrona Spółka z o.o. (zwanymi dalej łącznie: „Era”) w zakresie rażąco niskiej ceny, co uniemożliwiło Odwołującemu się postawienie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Era na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust.1 pkt 7 lub pkt 8 ustawy Pzp.;

Naruszenie powyżej wskazanych przepisów nastąpiło w konsekwencji:

- a) błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, że wykonawca Era wykazał, że złożone przez niego wyjaśnienia (pierwotne wyjaśnienia oraz ich uzupełnienie) co do rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa,
- b) błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, że informacje zawarte w złożonych przez wykonawcę Era wyjaśnieniach co do rażąco niskiej ceny (pierwotne wyjaśnienia oraz ich uzupełnienie) stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w obu złożonych przez wykonawcę Era wyjaśnieniach co do rażąco niskiej ceny (wyjaśnieniach pierwotnych oraz ich uzupełnieniu),
- c) nakazanie udostępnienia przez Zamawiającego Odwołującemu obu złożonych przez wykonawcę Era wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny (wyjaśnieniach pierwotnych oraz ich uzupełnieniu),
- d) ponowne badanie i ocenę ofert.

2.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym także kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał min.:

Odwołujący wskazał następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 19.04.2024 roku dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. W ramach dokonanej przez Zamawiającego oceny oferta Odwołującego jest drugą w rankingu ofert najkorzystniejszych. Oferta Wykonawcy Era została zaś oceniona jako najkorzystniejsza.

W toku oceny oferty Wykonawcy Era Zamawiający wezwał tego wykonawcę na podstawie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 15.03.2024 r., do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia:

- a) ceny zamówienia podstawowego,
- b) ceny zamówienia objętego prawem opcji.

W piśmie z dnia 15.03.2024 r. instytucja zamawiająca wskazała także, że jeżeli złożone przez wykonawcę dokumenty stanowić będą tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zastosowanie znajdzie pkt 4.3.3. SWZ.

W pkt 4.3.3.2. SWZ wskazano zaś, że: *Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy, Zamawiający nie będzie występował o uzupełnienie lub wyjaśnienie złożonego w ofercie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jego uzasadnienia. Zamawiający oceni zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jego uzasadnienie. W przypadku uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca nie wykazał w ofercie, że informacje i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający uzna to zastrzeżenie za bezskuteczne. W takim przypadku oferta będzie jawna również w zakresie nieskutecznie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, o czym Zamawiający poinformuje Wykonawcę*. Z kolei z postanowienia pkt 4.3.3.3 SWZ przyjęto że: *Zamawiający informuje, że w przypadku, kiedy Wykonawca otrzyma od*

niego wezwanie w trybie art. 126 ust. 1, art. 128 ust. 1, art. 128 ust. 4, art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy, a złożone przez niego dokumenty, oświadczenia, wyjaśnienia i/lub dowody stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wykonawcy będzie przysługiwało prawo zastrzeżenia ich jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przedmiotowe zastrzeżenie Zamawiający uzna za skuteczne wyłącznie w sytuacji kiedy Wykonawca oprócz samego zastrzeżenia, jednocześnie wykaże, iż dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Postanowienia pkt. 4.3.3.2. SWZ stosuje się odpowiednio”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15.03.2024 r. wykonawca Era złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które zastrzegł jako tajemnica swojego przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z oświadczenia wykonawcy Era, w którym zastrzegł on składane wyjaśnienia jako tajemnica przedsiębiorstwa (zwanym dalej: „Oświadczeniem nr 1”) wynika, że wykonawca ten, za tajemnicę przedsiębiorstwa uważa:

- 1) treść samego oświadczenia o zastrzeżeniu informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 2) treść wyjaśnień oraz treść szczegółowej kalkulacji kosztów-zał.1 – plik TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-wyjaśnienia;
- 3) treść oświadczenia dostawcy – plik TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-ośw.dostawcy-1;
- 4) treść oświadczenia dostawcy – plik TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-ośw.dostawcy-2;
- 5) treść pisma – plik TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-składka wypadkowa;
- 6) treść uchwały – plik TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-uchwała.

Zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wykonawcy Era pismem z dnia 22.03.2024 r. wezwał wykonawcę Era do uzupełnienia poprzednio złożonych wyjaśnień, poprzez sporządzenie opisu i kalkulacji w zakresie: planu organizacji i realizacji prac okresowych (mycia okien i elementów szklanych elewacji sposobem tradycyjnym, alpinistycznym lub z wyciągu – zgodnie z OPZ część I, rozdział 9), z uwzględnieniem pracochłonności i czasu wykonania tych prac, liczby zaangażowanych osób, w podziale na poszczególne obiekty.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22.03.2024 r. wykonawca Era złożył uzupełnienie poprzednio złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które także zastrzegł jako tajemnica swojego przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z oświadczenia wykonawcy Era, w którym zastrzegł on składane tym razem uzupełnienie poprzednio złożonych wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa (zwanym dalej: „Oświadczeniem nr 2”) wynika, że wykonawca ten jako tajemnicę przedsiębiorstwa uważa:

- 1) treść samego oświadczenia o zastrzeżeniu informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 2) treść wyjaśnień – plik TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-wyjaśnienia (uzupełnienie),
- 3) faktury zakupu – plik TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-faktury.

Odwolujący zwrócił uwagę, że treść Oświadczenia nr 1 i Oświadczenia nr 2, to w części mającej stanowić uzasadnienie i wykazanie przez wykonawcę Era, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, są one analogiczne (tożsame) w treści.

Odwolujący zwrócił uwagę, że z treści dokumentów wynika, że:

- 1) znaczną część tychże Oświadczeń stanowi tak naprawdę i tylko przytoczenie obowiązujących przepisów prawa, tj. art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przytoczenie fragmentów poszczególnych orzeczeń Sądu Najwyższego, sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej;
- 2) w Oświadczeniach tych wykonawca te same informacje, które danym Oświadczeniem uznaje za swoją tajemnicę przedsiębiorstwa raz kwalifikuje jako informacje będące informacjami technologicznymi, handlowymi i organizacyjnymi (str. 3 Oświadczenia nr 1, str. 2 Oświadczenia nr 2), a w innym zaś miejscu tego samego pisma te same informacje wykonawca ów kwalifikuje już tylko jako informacje organizacyjne (str. 3 *in fine* Oświadczenia nr 1, str. 3 Oświadczenia nr 2);
- 3) wykazując, że objęte zastrzeżeniem informacje mają wartość gospodarczą wykonawca Era wskazuje w obu Oświadczeniach, że:
 - a) „Powyższe informacje mają wartość gospodarczą, ponieważ stanowią o przewadze konkurencyjnej wykonawcy. Na ich podstawie konkurencyjne podmioty mogą dowiedzieć się, w jaki sposób wykonawca organizuje procesy zakupów i sprzedaży czy wewnętrzną pracę w spółkach KONSORCJUM, jakie stosuje metody świadczenia usług (technologia świadczenia usług) i obniżania ich kosztów, na jakich warunkach (w szczególności za jaką cenę i od kogo) nabywa produkty czy usługi, co mogłoby zostać wykorzystane przez te podmioty we własnej działalności”.
 - b) „Objęte zastrzeżeniem dokumenty zawierają informacje, które wykonawca nabył w toku prowadzonej działalności, stanowią one jego know-how nabyte w drodze doświadczenia (w szczególności sposób organizacji pracy, dobór produktów i narzędzi, których zastosowanie daje optymalne efekty, źródła i warunki ich nabycia, stosowane

technologie). W celu nabycia tej wiedzy wykonawca poniósł konkretne nakłady finansowe i organizacyjne. Wiedza ta pozwala z jednej strony na zoptymalizowanie kosztów i maksymalizację zysków, a z drugiej strony na oferowanie usług na najwyższym poziomie. Ujawnienie informacji objętych zastrzeżeniem poufności spowoduje, iż wykonawca utraci przewagę konkurencyjną wynikającą z ich posiadania. Dokumenty te przygotowane zostały przez specjalistów wykonawcy w oparciu o doświadczenie zdobyte podczas wieloletniej pracy i obecności firmy na rynku usług utrzymania czystości. Każde opracowanie dotyczące kalkulacji ceny stanowi dedykowany dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pakiet rozwiązań odpowiadający oczekiwaniom Zamawiającego oraz normom jakościowym. Zawiera normatywy zużycia środków czystości i artykułów higienicznych, które wraz z czynnikiem pracy ludzkiej stanowią główny czynnik decydujący o cenie oferty w usługach czystościowych. W wyjaśnieniach opisane są działania logistyczne i technologiczne pozwalające na skalkulowanie ceny na odpowiednim konkurencyjnym poziomie. Są to autorskie opracowania i stanowią dobro wypracowane przez pracowników wykonawcy. Za przygotowanie informacji zawartych w Wyjaśnieniach dla Zamawiającego wpływających na wysokość zaoferowanej ceny odpowiedzialna była grupa osób objętych klauzulą poufności informacji. Informacje te nie były i nie będą publikowane w żadnych ogólnodostępnych dokumentach wykonawcy”.

4)w obu Oświadczeniach wykonawca Era wskazuje, że: „Ujawnienie zawartych w nich informacji narazi zatem na szkodę kontrahenta wykonawcy lub podmiot, którego dotyczą dane osobowe, a wykonawcę na odpowiedzialność wobec tego kontrahenta lub podmiotu.”;

5)w obu Oświadczeniach wykonawca Era wskazuje następujące środki, jakie podejmuje dla zapewnienia ochrony i poufności zastrzeżonych przez niego informacji i dokumentów: „Wykonawca podjął szereg działań celem zachowania poufności powyższych informacji i dokumentów, w szczególności Wykonawca stosuje następujące zasady ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa:

1) klauzule poufności w umowach z pracownikami oraz osobami i instytucjami współpracującymi,

2) klauzule poufności w umowach handlowych,

3) techniczne i organizacyjne formy zabezpieczenia powyższych informacji, w szczególności:

- na dokumentach objętych zastrzeżeniem wykonawca zamieszcza oznaczenia wskazujące na poufny charakter dokumentów i zawartych w nich informacji, np. „POUFNE”, „CONFIDENTIAL”, „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA” rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”;

- pliki zawierające poufne informacje są zabezpieczane hasłami,

- do dokumentów i informacji objętych zastrzeżeniem poufności ma dostęp ograniczony krąg pracowników wykonawcy, zobowiązanych do zachowania poufności,

- pracownicy dysponują indywidualnymi loginami i hasłami dostępu do systemu informatycznego, w których przechowywane są elektroniczne wersje dokumentów i informacji,

- wstęp do siedziby wykonawcy jest kontrolowany i limitowany - dostęp do budynków jest ograniczony poprzez recepcję,

- osoby spoza firmy nie mogą samodzielnie poruszać się po firmie - każda osoba wchodząca do spółki ma swojego opiekuna i nigdy nie porusza się po firmie bez opiekuna,

- budynki, w których znajdują się siedziby wykonawcy, objęte są monitoringiem – na zewnątrz i wewnątrz obiektu umieszczone są kamery, z których sygnały są na bieżąco monitorowane”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zarówno do Oświadczenia nr 1, jak i do Oświadczenia nr 2 wykonawca Era nie załączył żadnego dokumentu. Inaczej mówiąc, na poparcie stawianych w obu tych Oświadczeniach twierdzeń wykonawca Era nie przedłożył żadnego dowodu.

Odwołujący przytoczył szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych.

W dalszej części uzasadnienia, Odwołujący podniósł, że wskazane w Oświadczeniach nr 1 i nr 2 przez wykonawcę Era czynności/przedsięwzięcia które mają służyć zachowaniu informacji jako poufne są to takie czynności, które bądź pochodzą od samego wykonawcy Era, bądź których stroną jest ten wykonawca. Wykonawca Era jest bowiem:

a)stroną umów o pracę bądź innych umów zawieranych ze swoim personelem, w których mają być zastrzeżone klauzule poufności;

b)stroną umów ze swoim kontrahentami, których interesom zagrażałoby ujawnienie tychże informacji innym podmiotom, a w których to umowach mają być zastrzeżone klauzule poufności;

c)autorem i wystawcą aktów prawnych (wewnątrzzakładowych), na podstawie których w siedzibach i zakładach pracy spółek Konsorcjum Era mają być stosowane takie techniczne i organizacyjne formy zabezpieczenia informacji, jak wskazano w Oświadczeniu nr 1 i Oświadczeniu nr 2.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Era był w chwili składania Oświadczeń nr 1 i Oświadczeń nr 2 (a ściślej, w momencie zastrzegania jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny, oraz uzupełniania tych wyjaśnień) w posiadaniu dowodów, przy pomocy których mógłby wykazać instytucji zamawiającej, że faktycznie (rzeczywiście) w jego przedsiębiorstwie stosowane są takie środki i czynności mające zapewnić poufność tychże informacji, jak to zostało tylko opisane w Oświadczeniu nr 1 i nr 2. Wykonawca Era, profesjonalny uczestnik obrotu prawnego, podjął jednak autonomiczną decyzję, że żadnych dokumentów mających wykazać Zamawiającego, iż rzeczywiście takie czynności/przedsięwzięcia są stosowane w jego przedsiębiorstwie nie przedłoży.

Odwołujący ponownie podkreślił, że w Oświadczeniu nr 1 oraz w Oświadczeniu nr 2 nie maw ogóle stwierdzeń, a tym bardziej nie zostało to wykazane, aby poszczególne informacje objęte zastrzeżeniem poufności takie jak posiadały określoną i konkretną wartość gospodarczą.

Końcowo, Odwołujący wskazał, że aby informację można było uznać za chronioną, to musi mieć ona walor stałości, reprezentatywności i być wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa, a nie być zmienną kalkulacyjną obliczaną na użytek każdego kolejnego postępowania. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie czasu, stałą dla jego funkcjonowania i znaczenia dla rynku, np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperacji, wynalazki i patenty. Innymi słowy informacjami gospodarczymi są tylko takie informacje, które mają wpływ na wycenę przedsiębiorstwa i są istotne z punktu widzenia zdobycia kolejnego zamówienia.

W złożonej pismem z 21 maja 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

W orzecznictwie podkreśla się, że „przyjęcie wartości gospodarczej informacji oraz charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa należy interpretować bardzo szeroko. Mogą to być informacje stanowiące know-how przedsiębiorstwa, w tym wiedza techniczna z danej dziedziny, umiejętność wykonania lub wyprodukowania danej rzeczy, patenty obejmujące wynalazki, metody działalności, jak również inne informacje, co do których przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania ich poufności.” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 stycznia 2021 r., sygn. VI SA/Wa 1347/20).

Zamawiający zwrócił uwagę, że ustawa PZP nie ogranicza możliwości zastrzeżenia informacji wyłącznie do informacji podanych w ofercie. Zastrzec można także informacje przekazywane po złożeniu samej ofert. Nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz dokonać zastrzeżenia tych informacji. Należy tego dokonać wraz z przekazaniem informacji. Zastrzeżenie nie może obejmować informacji o nazwie wykonawcy, jego danych rejestrowych oraz o cenach (lub kosztach) zawartych w ofercie.

Ustosunkowując się do argumentów podniesionych przez Odwołującego w piśmie z dnia 29.04.2024r. Zamawiający przyjął, że wykonawca ERA wykazał, że złożone przez niego wyjaśnienia (pierwotne wyjaśnienia oraz ich uzupełnienie - Oświadczenie nr 1 i Oświadczenie nr 2) co do rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, ponieważ oświadczenie o zastrzeżeniu informacji zawiera jednoznaczną wolę przedsiębiorcy do jej zachowania jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Ponadto w sposób wyczerpujący Wykonawca opisał działania jakie podjął celem zachowania poufności zastrzeżonych informacji i dokumentów.

Zamawiający przyjął, że informacje zawarte w złożonych przez Wykonawcę ERA wyjaśnieniach co do rażąco niskiej ceny (pierwotne wyjaśnienia oraz ich uzupełnienie) stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ uznał je za informacje organizacyjne, handlowe oraz technologiczne posiadające wartość gospodarczą, w szczególności;

- sposób organizacji pracy (wyjaśnienia, uchwała),
- źródła i warunki nabycia środków czystości oraz artykułów higienicznych (oświadczenia dostawców),
- koszty osobowe (szczegółowe kalkulacje kosztów, składka wypadkowa),
- sposób organizacji oraz użyte technologie dla prac okresowych (uzupełnienie wyjaśnień), źródła i ceny akcesoriów oraz narzędzi (faktury)

Zdaniem Zamawiającego, zawarte w wyjaśnieniach Wykonawcy informacje przedstawiają sposób budowania kalkulacji cenowej w ofercie i elementy składowe tej kalkulacji, w szczególności kosztów osobowych, które są dominujące w usługach sprzątnia.

W sytuacji, kiedy (dla cen podanych w przedmiotowym przetargu) miesięcznie różnica wynagrodzenia pomiędzy Odwołującym, a Wykonawcą ERA wynosi zaledwie 2.680,49 zł dla sprzątnia wewnętrznego i 5.941,20 zł dla sprzątnia zewnętrznego, widać że sposób budowania kalkulacji cenowej jest bardzo zbliżony, a zatem o konkurencyjności tych podmiotów decyduje każdy element składowy kalkulacji.

Wezwanie Konsorcjum ERA do uzupełnienia wyjaśnień było w ocenie Zamawiającego zasadne, bo już za

pierwszym razem ten Wykonawca udzielił konkretnych wyjaśnień, które wymagały tylko doprecyzowania w zakresie sposobu organizacji prac okresowych.

Mając na względzie powyższe Zamawiający uznał, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach Wykonawcy ERA mają wartość gospodarczą i decydują o jego przewadze konkurencyjnej.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3248/23.

W ocenie Zamawiającego, co do zasady, to właśnie Wykonawca decyduje o tym, czy daną informację objąć ochroną, czy też nie. Zamawiający nie jest władny arbitralnie stwierdzać, że określony rodzaj informacji powinien być jawny, a inny nie. Wyjątkiem będą tutaj informacje, które są jawne z mocy prawa, a więc te wymienione w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp, wszelkie dane rejestrowe oraz informacje o wcześniej wykonanych zamówieniach publicznych.

Zamawiający podniósł, że niewątpliwie obowiązek sporządzenia uzasadnienia zastrzeżenia informacji spoczywa na Wykonawcy i to on musi wykazać, że dana informacja faktycznie jest tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien również przedstawić stosowne dowody na poparcie swych twierdzeń. Zauważyć jednak należy, że dowody materialne nie mają jednak pierwszorzędного znaczenia i stanowią one wyłącznie uzupełnienie wyjaśnień poczynionych w uzasadnieniu.

Zamawiający przytoczył szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądu powszechnego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia "ERA" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie, NOVIA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie, KOMES OCHRONA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie (dalej jako: „Uczestnik postępowania”, „ERA”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia "ERA" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie, NOVIA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie, KOMES OCHRONA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami i Uczestnikiem postępowania nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa sprzątnia i pielęgnacji terenów zielonych w obiektach Oddziału ZUS we Wrocławiu.

Poza sporem było to, że Zamawiający pismem z dnia 15 marca 2024 r. wezwał Uczestnika postępowania do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny zamówienia podstawowego oraz ceny zamówienia objętego prawem opcji.

Uczestnik postępowania pismem z dnia 19 marca 2024 r. złożył wyjaśnienia, przy czym oświadczył, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w ofercie w następującym zakresie:

- 1) treść tego pisma – plik *TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-ośw. o zastrzeżeniu*,
- 2) treść wyjaśnień oraz treść szczegółowej kalkulacji kosztów-zał.1 – plik *TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-ośw. wyjaśnienia*,
- 3) treść oświadczenia dostawcy – plik *TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-ośw.dostawcy-1*
- 4) treść oświadczenia dostawcy – plik *TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-ośw.dostawcy-2*
- 5) treść pisma – plik *TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-składka wypadkowa*
- 6) treść uchwały – plik *TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-uchwała*

Zamawiający pismem z dnia 22 marca 2024 r. wezwał Uczestnika postępowania do uzupełnienia wyjaśnień, poprzez sporządzenie opisu i kalkulacji w zakresie: *Planu organizacji i realizacji prac okresowych (mycia okien i elementów*

szklanych elewacji sposobem tradycyjnym, alpinistycznym lub z wysięgnika – zgodnie z OPZ część I, rozdział 9), z uwzględnieniem pracochłonności i czasu wykonania tych prac, liczby zaangażowanych osób, w podziale na poszczególne obiekty.

Z uwagi na wymóg wykonywania prac okresowych z użyciem m.in. sprzętu alpinistycznego, rusztowań, wysięgnika, oraz przez pracowników z uprawnieniami do prac na wysokości, w wyjaśnieniach należy odnieść się także do osób zaproponowanych do wykonywania tych czynności, a posiadających określony stopień niepełnosprawności i/lub schorzenie szczególne.

Uczestnik postępowania pismem z dnia 26 marca 2024 r. złożył wyjaśnienia, przy czym oświadczył, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w ofercie następującym zakresie:

- 1) treść tego pisma – plik *TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-ośw. o zastrzeżeniu*,
- 2) treść wyjaśnień – plik *TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-wyjaśnienia (uzupełnienie)*,
- 3) faktury zakupu – plik *TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA-faktury*.

Powtarzanie treści wyjaśnień Uczestnika postępowania, z uwagi na ich obszerność oraz przytoczenie fragmentów wyjaśnień w odwołaniu, jest zbędne.

Osią sporu była ocena skuteczności poczynionego przez Uczestnika postępowania zastrzeżenia ww. dokumentów jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdują następujące przepisy:

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

Art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów 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.

Izba za zbędne uznała przytaczanie definicji jawności postępowania oraz tajemnicy przedsiębiorstwa opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i przytoczenia w pismach Stron.

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie klika uwag natury ogólnej, które rzutują na ocenę wyjaśnień Uczestnika postępowania.

Bez wątpienia jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji prawidłowości wyceny ofert wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, a prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy też szkodę. Uwypuklić należy, że ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Na rynku zamówień publicznych uwidacznia się nieuczciwa praktyka zastrzegania przez wykonawców szerokiego zakresu informacji. Jednak zastrzegania informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie działania wykonawców, zdaniem Izby, nie zasługują na ochronę.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą podlegać tylko informacje co do których wykazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. Co za tym idzie wykonawca winien udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych jest niewystarczające dla potwierdzenia ich

wartości gospodarczej. Tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do prób utajnienia wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą. Powszechnie wiadomo, że żaden przedsiębiorca nie jest zainteresowany ujawnieniem informacji dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej. Jednakże wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Co za tym idzie powinni liczyć się z tym, że oferta oraz inne dokumenty (w szczególności kalkulacja ceny, która to z zasady jest najistotniejszym elementem oferty) składane w toku postępowania, będą jawne.

Odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia, złożonych przez Uczestnika informacji, Izba wskazuje, co następuje:

1. Uczestnik postępowania wskazuje, że dokumenty i informacje objęte zastrzeżeniem zawierają informacje dotyczące m.in.:

1) *rodzaju, ilości i charakterystyki stosowanych produktów do czyszczenia, akcesoriów i narzędzi do sprzątnia czy innych produktów, w tym oświadczenia dostawców,*

Wbrew twierdzeniom Uczestnika postępowania w wyjaśnieniach z dnia 19 marca 2024 r. oraz z dnia 26 marca 2024 r. nie znajdują się informacje, o których mowa powyżej. Z oświadczeń dostawców powyższe również nie wynika.

2) *źródeł zakupu (dane dostawców) oraz warunków zakupu (w szczególności stosowane ceny, upusty) produktów do czyszczenia, akcesoriów do sprzątnia czy innych produktów, w tym oświadczenia dostawców,*

Wbrew twierdzeniom Uczestnika postępowania w wyjaśnieniach z dnia 19 marca 2024 r. oraz z dnia 26 marca 2024 r. nie znajdują się informacje, o których mowa powyżej. Z oświadczeń dostawców wynika jedynie, że Odwołujący jest długoletnim partnerem handlowym, objętym programem specjalnych warunków handlowych – jakich warunków, tego już Uczestnik i dostawcy nie wskazują.

Niejako na marginesie, w praktyce wykonawcy z danej branży współpracują w większości z tymi samymi dostawcami. Nie jest również niczym wyjątkowym możliwość negocjowania cen produktów. Nie ulega wątpliwości, że relacje biznesowe, wieloletnia współpraca i wzajemne zaufanie pozwalają na uzyskanie szczególnie dogodnych warunków współpracy od dostawców produktów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Co istotne, Uczestnik postępowania nie wskazał w wyjaśnieniach czy też kalkulacji, że będzie korzystał z produktów dostawców, na których oświadczenia powołuje się w uzasadnieniu.

3) *sposobu organizacji pracy przez wykonawcę, metod świadczenia usług sprzątnia, struktury organizacyjnej wykonawcy,*

Uczestnik postępowania nie wykazał, że sposób organizacji pracy czy też metody świadczenia usługi sprzątnia są wyjątkowe, niepowtarzalne, innowacyjne.

4) *danych osobowych, w szczególności pracowników wykonawcy,*

W wyjaśnieniach z dnia 19 marca 2024 r. oraz z dnia 26 marca 2024 r. próżno było szukać danych osobowych pracowników

5) *organizacji zakupów i sprzedaż oferowanych usług,*

Powyższego, Uczestnik postępowania w złożonych dokumentach również nie wykazał.

6) *kosztów działalności wykonawcy, stosowanych metod obniżania tych kosztów – koszty nabywania produktów do czyszczenia (środki czyszczące, dezynfekujące), akcesoriów do sprzątnia, narzędzi, sprzętu czy innych produktów lub usług, stosowane metody oszczędności zużycia produktów, materiałów, paliwa,*

W wyjaśnieniach z dnia 19 marca 2024 r. oraz z dnia 26 marca 2024 r. próżno było szukać kosztów nabywania produktów, akcesoriów, narzędzi, sprzętu, paliwa, materiałów.

7) *wysokości składki wypadkowej finansowanej przez pracodawcę (art. 16 ust. 3 i art. 22 ust. 1 pkt 4) ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych wskazana stopa procentowa składki wypadkowej jest przewidziana dla działalności usługowej związanej z utrzymaniem porządku w budynkach i zagospodarowaniem terenów zieleni, wykonawca może być uprawniony do niższej stawki, która to może być różna dla każdego wykonawcy.*

Skoro może być różna dla każdego wykonawcy i zmienia się corocznie, to w jaki sposób wpływa na kalkulację oraz pozycję rynkową Uczestnika – tego już Uczestnik nie wyjaśnił.

2. Uczestnik postępowania wskazał, że *informacje mają wartość gospodarczą, ponieważ stanowią o przewadze konkurencyjnej wykonawcy. Na ich podstawie konkurencyjne podmioty mogą dowiedzieć się, w jaki sposób wykonawca organizuje procesy zakupów i sprzedaży czy wewnętrzną pracę w spółkach KONSORCJUM, jakie stosuje metody świadczenia usług (technologia świadczenia usług) i obniżania ich kosztów, na jakich warunkach (w szczególności za jaką cenę i od kogo) nabywa produkty czy usługi, co mogłoby zostać wykorzystane przez te podmioty we własnej działalności. (...)*

Z uwagi na to, że wyjaśnienia i kalkulacja nie zawierają informacji, o których mowa powyżej, to za całkowicie abstrakcyjne

należało uznać twierdzenia o przewadze konkurencyjnej Uczestnika postępowania.

3. *Objęte zastrzeżeniem dokumenty zawierają informacje, które wykonawca nabył w toku prowadzonej działalności, stanowią one jego know – how nabyte w drodze doświadczenia (w szczególności sposób organizacji pracy, dobór produktów i narzędzi, których zastosowanie daje optymalne efekty, źródła i warunki ich nabycia, stosowane technologie). W celu nabycia tej wiedzy wykonawca poniósł konkretne nakłady finansowe i organizacyjne.*

Skoro Uczestnik postępowania poniósł konkretne nakłady finansowe i organizacyjne, to powinien je wykazać. Twierdzenia w tym zakresie uznać należało za całkowicie gołosłowne.

4. *Każde opracowanie dotyczące kalkulacji ceny stanowi dedykowany dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pakiet rozwiązań odpowiadający oczekiwaniom Zamawiającego oraz normom jakościowym. Zawiera normatywy zużycia środków czystości i artykułów higienicznych, które wraz z czynnikiem pracy ludzkiej stanowią główny czynnik decydujący o cenie oferty w usługach czystościowych.*

Skoro każde opracowanie dotyczące kalkulacji ceny stanowi dedykowany dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pakiet rozwiązań odpowiadający oczekiwaniom Zamawiającego, to koszty jakie Uczestnik wyliczył na potrzeby tego konkretnego postępowania będą w całości nieaktualne na potrzeby kolejnych.

Warto podkreślić, że przy obecnej sytuacji gospodarczej ceny ulegają zmianie. Co za tym idzie, nie istnieje zagrożenie, aby na podstawie jednej kalkulacji, ogólnego oświadczenia dwóch dostawców możliwe było odtworzenie strategii biznesowej Uczestnika postępowania czy też trafnego przewidywania przyszłych cen. W każdym razie Uczestnik postępowania nie zdołał wykazać okoliczności przeciwnych.

Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby, środki finansowe, materiały, sprzęt czy pracowników. Trudno zatem uznać, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów tego konkretnego zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny w kolejnych postępowaniach, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Przedsiębiorcy dostosowują ceny swoich usług w czasie rzeczywistym, biorąc pod uwagę ceny materiałów i usług oraz ich dostępność, popyt na rynku, zmieniające się koszty, zasoby własne, doświadczenie, a nie ceny zaoferowane przez podmioty konkurencyjne.

5. Uczestnik opisał podjęta działania celem zachowania poufności zastrzeżonych informacji, m.in.:

- 1) *klauzule poufności w umowach z pracownikami oraz osobami i instytucjami współpracującymi,*
- 2) *klauzule poufności w umowach handlowych,*

Abstrahując od tego, że Uczestnik postępowania nie przedłożył żadnego dowodu na wykazanie powyższych twierdzeń, to nie można tracić z pola widzenia, że klauzule poufności są powszechnym elementem obrotu gospodarczego.

- *pracownicy dysponują indywidualnymi loginami i hasłami dostępu do systemu informatycznego, w których przechowywane są elektroniczne wersje dokumentów i informacji,*

Z doświadczenia życiowego wynika, że pracownicy zawsze dysponują indywidualnymi loginami i hasłami dostępu do systemu informatycznego, nawet wtedy, gdy w systemie tym nie znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowej sprawie Uczestnik postępowania nie wskazał, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa znajdują się w systemie informatycznym. A jeżeli faktycznie zostały tam umieszczone, to istotniejsze jest to, którzy pracownicy mają dostęp do konkretnych informacji, a nie ogólnie do systemu.

- *wstęp do siedziby wykonawcy jest kontrolowany i limitowany - dostęp do budynków jest ograniczony poprzez recepcję,*

Uczestnik postępowania powyższego nie wykazał. Nadto, fakt dysponowania recepcją nie można utożsamiać z działaniem mającym na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji. Izba nakazała Zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez Uczestnika - czy w związku z tym, Uczestnik postępowania zrezygnuje z recepcji? Jaki posiadanie recepcji wpływa na zachowanie w poufności tych konkretnych informacji? Niestety, na tak postawione pytania, próżno szukać odpowiedzi w wyjaśnieniach Uczestnika postępowania.

- *budynki, w których znajdują się siedziby wykonawcy, objęte są monitoringiem – na zewnątrz i wewnątrz obiektu umieszczone są kamery, z których sygnały są na bieżąco monitorowane.*

Obecnie większość budynków objęta jest monitoringiem. Dysponowania monitoringiem nie można utożsamiać z działaniem mającym na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji. Izba nakazała Zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez Uczestnika - czy w związku z tym, Uczestnik postępowania zrezygnuje z monitoringu? Jaki związek ma monitoring budynku z zachowaniem w poufności informacji? Czy monitoring znajduje się w miejscu przechowywania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa? Niestety, na tak postawione pytania, próżno szukać odpowiedzi w wyjaśnieniach Uczestnika postępowania.

Całkowicie niezrozumiałe i nieuzasadnione jest zastrzeżenie uchwały w sprawie odzieży roboczej dla pracowników. Utożsamianie przewagi konkurencyjnej w kolorach odzieży roboczej nie zasługuje na aprobatę. Uczestnik postępowania

nawet nie próbował wykazać, w jaki sposób kolory odzieży wpływają na kalkulację ceny, pozycję na rynku etc.

Rację ma Odwołujący, że wyjaśnienia Uczestnika postępowania są ogólne, szablonowe, gołosłowne, i co ciekawe większość z nich nie znajduje się w treści wyjaśnień. W ocenie Izby z treści uzasadnienia zastrzeżonych informacji nie wynika, że ziszczyły się wszystkie przesłanki, które decydują o możliwości zastrzeżenia danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a), pkt 2 lit. a) oraz b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: