

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2024 r. przez **wykonawcę HRP Care sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sosnowiec, gdzie zamawiającym jest Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Sosnowcu**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy SIDLY sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę HRP Care sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę HRP Care sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 4677/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Sosnowcu, gdzie prowadzącym postępowanie jest Gmina Sosnowiec – prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Zakup oraz dostawa 400 opasek bezpieczeństwa wraz z usługą obsługi systemu polegającą na sprawowaniu całodobowej opieki na odległość nad seniorami przez centralę monitoringu oraz rozdysponowanie sprzętu nowym użytkownikom wraz z przeszkoleniem użytkowników opasek z zakresu obsługi urządzenia oraz zasad świadczenia usługi w związku z realizacją Programu „Korpus Wsparcia Seniorów” na rok 2024 – Moduł II”, Znak sprawy: WZP.C.271.1.87.2024.JW. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 października 2024 r., za numerem 00537639/01.

W dniu 9 grudnia 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca HRP Care sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny sporządzonych przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 3 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy pzp przez bezpodstawne uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny sporządzonych przez Odwołującego;
- 2) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z nieuprawnionym ujawnieniem dokumentów z oferty Wykonawcy HRP Care;
- 3) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny sporządzonej przez Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał:

W dniu 2 grudnia 2024 roku Zamawiający dokonał czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny sporządzonych przez Odwołującego. Wyjaśnienia te zostały złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 listopada 2024 roku. Wraz z nimi złożono dowody wskazujące na prawidłowe skalkulowanie oferty, wykazano, że zaoferowana cena oferty nie jest ceną rażąco niską oraz dokonano zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów złożonych wraz z wyjaśnieniami. Odwołujący podniósł, że w dniu 2 grudnia 2024 roku Zamawiający dokonał jednocześnie dwóch

czynności. Dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty informując, o wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę, którym jest Odwołujący w niniejszym postępowaniu oraz jednocześnie dokonał czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny sporządzonych przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego te dwie czynności pozostają ze sobą w kolizji. Skoro uznano za rzetelne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny i w następstwie ich oceny uznano za wiarygodne przedłożone wraz z pismem dowody i w konsekwencji dokonano wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, to nielogiczne jest dokonanie czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny sporządzonych przez Odwołującego. Skoro dokumenty uznano za rzetelne i wiarygodne w toku jednej czynności w toku postępowania, to nie można ich uznać za niewiarygodne w toku innej czynności tego samego postępowania. Zamawiający w toku czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny sporządzonych przez Odwołującego nie dokonał rzetelnej oceny przedłożonych dokumentów. Czynność ta została bowiem dokonana jedynie w odniesieniu do treści pisma przewodniego z dnia 26 listopada 2024 roku. Zamawiający nie dokonał jednak oceny pozostałych załączonych do wyjaśnień dokumentów. Dokumenty te same w sobie posiadają wartość dowodową, z uwagi na zawarte w nich informacje, które Zamawiający uznał za wiarygodne. Ponadto Odwołujący wskazał, że treść uzasadnienia decyzji uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny sporządzonych przez Odwołującego jest niezgodna ze stanem faktycznym sprawy. W uzasadnieniu na str. 2 Zamawiający stwierdził, że wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny jako załączniki otrzymał następujące pliki: „Regulamin ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa-sig.pdf, Uchwała Zarządu o prowadzeniu regulaminu ochrony tajemnicy-sig.pdf, - wykaz informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa-sig.pdf, - Zarządzenie Zarządu w sprawie wprowadzenia regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwasig.pdf”. Tym samym zamawiający potwierdził, iż Odwołujący jednoznacznie wskazał mechanizmy jakie zastosował w celu objęcia informacji znamionami tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jakie działania w tym celu podejmuje. Dowód ten Zamawiający otrzymał wraz z pismem z dnia 26 listopada 2024 roku wyjaśniającym kwestie bezpodstawności zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2023 roku – KIO 1013/23: „wola utrzymania informacji w poufności wyrażona przez wykonawcę oraz wydzielenie i oznaczenie informacji w taki sposób, aby możliwa była identyfikacja, które dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest wystarczające dla uznania, że skutecznie zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa. Konieczne jest także wskazanie rodzaju informacji chronionej, wykazanie jej wartości gospodarczej oraz wykazanie, że dane nie zostały podane do publicznej wiadomości, a wykonawca podjął czynności w celu zachowania ich w poufności” i wskazał, że wszystkie te czynności zostały przez odwołującego dokonane. Wiadomości te zostały zidentyfikowane, enumeratywnie wyliczone, wskazano mechanizm objęcia ich klauzulą tajemnicy. Podniósł, że zarówno doktryna jak i komentarze do ustawy nie określają stopnia działania Wykonawców mających na celu skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Są to opisy o charakterze otwartym, bez szczegółowego określenia znamion, które musi spełniać konkretna informacja, aby mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla każdego przedsiębiorcy tajemnicą może być inny zakres informacji. Uznaniowość czynności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów Odwołującego potwierdza fakt, że w toku innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Gminę Lublin – Zespół Ośrodków Wsparcia w Lublinie, na Usługę teleopieki wraz z usługą serwisową 800 urzędzeń finansowana ze środków pochodzących z budżetu Miasta Lublin, zamawiający uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego sposób wyceny przedmiotu zamówienia, tj. faktury oraz kalkulacje ceny. Stwierdził, że są to informacje wpływające na wysokość ceny zaoferowanej zamawiającemu w tym postępowaniu, dlatego też nie można przyjąć, że którakolwiek z zastrzeżonych informacji nie posiada waloru poufności. Informacje te mają wartość gospodarczą, dzięki której wykonawca zyskuje przewagę konkurencyjną i 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. W konsekwencji, zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny i handlowy przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą. Informacje te nie były i nie są ujawnione do publicznej wiadomości, w tym w szczególności informacje, w jaki sposób kalkuluje cenę. Podjęto działania mające na celu zapewnienie im charakteru poufności przez zastosowanie odpowiednich regulaminów i procedur. Zamawiający stwierdził, że dane te stanowią informacje szczególnie istotne z punktu widzenia organizacji zaplecza kadrowego przedsiębiorstwa Wykonawcy. Ujawnienie danych osobowych mogłoby spowodować rozpowszechnienie informacji niezwykle ważnych, kluczowych z punktu widzenia organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy. W ocenie tego zamawiającego dane identyfikujące poszczególne osoby odpowiedzialne za zamówienie są informacjami o charakterze technicznym, organizacyjnym i mają dla Wykonawcy wartość gospodarczą, a ich ujawnienie groziłoby Wykonawcy stratą. W ocenie zamawiającego, ujawnienie tych informacji groziłoby Wykonawcy stratą, związaną z pogorszeniem jego sytuacji na rynku, gdyż: - posiadają wymierną wartość gospodarczą dla Wykonawcy, którą Wykonawca przedstawił w piśmie; -

dotyczą informacji nt. wykształcenia oraz kwalifikacji zawodowych członków zespołu Wykonawcy. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, dokonując badania zgodności treści ofert z treścią ustawy pzp, dokonał tych czynności w sposób naruszający podstawowe przepisy ustawy pzp zawarte odpowiednio w art. 18 ust. 3, gdzie Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do traktowania na równych zasadach wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również wykonawców, którzy złożyli ważne oferty. Ustawodawca zobowiązał także Zamawiającego do stosowania przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie zasad, warunków, wymagań w sposób określony w przepisach ustawy pzp oraz odpowiednio zapisach SWZ, czego nie można stwierdzić analizując przedmiotowe postępowanie. Podkreślił, że w orzecznictwie TSUE wskazuje się, że zasada równego traktowania wymaga jednakowego traktowania przez Zamawiającego wykonawców pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (wyr. TSUE z: 7.4.2016 r., Partner Apelski Dariusz v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14).

W dniu 24 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania mając na względzie, że Zamawiający w dniu 12 grudnia 2024 r. unieważnił postępowanie, a na powyższą czynność nie zostało wniesione odwołanie. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że czynność unieważnienia postępowania powoduje, że Odwołujący nie wykazał materialnoprawnej przesłanki wniesienia odwołania.

Zgodnie z dyspozycją art. 505 ust. 1 ustawy pzp: „*Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.*” Niewątpliwie interes, o którym mowa w ww. przepisie przejawia się utraceniem realnej szansy na uzyskanie zamówienia stanowiącą konsekwencję nieprawidłowych działań – podjętych czynności bądź zaniechania ich dokonania – przez zamawiającego, naruszających przepisy ustawy pzp. Na gruncie orzecznictwa TSUE wypracowano pogląd, że interes w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć szeroko jako możliwość uzyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia także w kolejnym postępowaniu, gdy zarzuty odwołania nakierowane są na dążenie do unieważnienia postępowania. Wykazanie tej materialnoprawnej przesłanki dopuszczalności odwołania ocenia się na moment wniesienia odwołania zatem irrelevantne dla tej oceny są przyszłe, hipotetyczne czynności zamawiającego. Dodatkowo, zważywszy na konstrukcję powyższego przepisu dla skuteczności wniesionego środka ochrony prawnej niewystarczające jest wykazanie jednej z przesłanek objętych dyspozycją powyższego przepisu. Oznacza to, że podmiot wnoszący odwołanie jest zobowiązany wykazać nie tylko możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, ale również, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia. Konkludując powyższe rozważania podkreślić należy, że materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania muszą wystąpić łącznie, interes w uzyskaniu zamówienia musi mieć realny charakter a zaskarżone czynności wywoływać negatywny wpływ na sytuację odwołującego. Innymi słowy, wypełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy pzp występuje wtedy, gdy brak skorzystania ze środka ochrony prawnej mógłby spowodować, że wykonawca poniesie szkodę wynikającą z zaprzepaszczenia szansy na uzyskanie zamówienia przez nieprawidłowe działania zamawiającego. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2638/21: „(...) *choć środki ochrony prawnej przysługują od każdej czynności zamawiającego i każdego zaniechania zamawiającego, które nastąpiły w toku postępowania o udzielenie zamówienia, to jednak nie oznacza, że będą one przysługiwać w każdej sytuacji faktycznej wykonawcy. Ustawodawca reglamentuje dostęp do środków ochrony prawnej przez konieczność wykazania istnienia przesłanki materialnoprawnej – jest to swoista bariera dostępu do tych środków, która w ocenie Izby ma służyć zapobieganiu wydłużeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wnoszenie odwołań blokujących*

możliwość rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, ale nie służących ochronie uzasadnionych racji wykonawców. Biorąc pod uwagę, że z definicji ustawowych art. 7 pkt. 18 i 25 ustawy i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy wynika, że celem prowadzenia postępowania jest doprowadzenie do zawarcia umowy, która ma zaspokajać potrzeby publiczne. Gwarantem tego jest postępowanie prowadzone z zachowaniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności oraz nakaz wyboru wykonawcy w sposób zgodny z przepisami ustawy. Ustawodawca właśnie z tym celem skorelował przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, stąd też nie od każdej czynności i zaniechania zamawiającego służy wykonawcom odwołanie, ale tylko od takiej, która uniemożliwia im uzyskanie zamówienia – zatem godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i jednocześnie takich, które naruszając przepisy ustawy jednocześnie mogą wywołać szkodę u wykonawcy. Tym samym, aby dana czynność/zaniechanie zamawiającego mogło być skutecznie zaskarżone wykonawca musi kumulatywnie wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia i że poniósł lub może ponieść szkodę. Dodatkowo nie można również pominąć faktu, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie wtedy, gdy naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z tych wszystkich rozważań należy wywieść, że wykazanie przesłanki materialnoprawnej jest ściśle związane z wykazaniem, że wykonawca jest nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a wadliwe zachowanie zamawiającego, nie dość, że odwołującemu szkodzi, to jeszcze uniemożliwia uzyskanie zamówienia.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba zauważa, że Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego odtajnienia zastrzeżonych wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny środków dowodowych. W takiej sytuacji niewątpliwie na moment wniesienia odwołania Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący dążył bowiem do utrzymania w mocy utajnienia przez niego ww. dokumentów, które uważa za tajemnicę przedsiębiorstwa. Oferta Odwołującego została w dniu 2 grudnia 2024 r. uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, a ujawnienie tych informacji mogłoby niewątpliwie prowadzić do ponownej weryfikacji oferty Odwołującego przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, co mogłoby wpłynąć na wynik postępowania, a w konsekwencji spowodować szkodę po stronie Odwołującego. Wykazanie materialnoprawnej przesłanki dopuszczalności odwołania ocenia się na moment wniesienia odwołania, a więc czynność Zamawiającego unieważnienia postępowania, której dokonał po wniesieniu odwołania nie może skutkować oddaleniem odwołania z powodu braku interesu Odwołującego. Dlatego też Izba uznała, że Odwołujący wykazał materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca SIDLY sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego na posiedzeniu.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 26 listopada 2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie ceny oferty i wskazał:

„Kalkulacja cenowa oraz środki dowodowe zostały objęte klauzulą: Tajemnica Przedsiębiorstwa HRP Care, gdyż zgodnie z treścią art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa „rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”

Mając na uwadze powyższą kalkulację cenową wraz z pozostałymi dowodami (umowy, potwierdzenia zatrudnienia, cenniki i inne dokumenty), stanowią bezsprzecznie wartość gospodarczą, która nie jest i nie powinna być rozpowszechniana, gdyż takie działanie mogłoby narazić Wykonawcę na wymienne straty oraz wpłynęłoby negatywnie na jej pozycję na rynku. Poufność przedstawionych dokumentów potwierdza fakt, iż HRP Care nie prowadziło żadnych działań w zakresie ich publicznego ujawnienia. W celu ochrony informacji poufnych HRP Care Sp. z o.o. powzięło szereg działań mających na celu ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa. Zarząd HRP Care Sp. z o.o. przyjął zarządzenie w sprawie wprowadzenia

regulaminu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a zgodnie z nim każdy pracownik upoważniony do dostępu tajemnicy przedsiębiorstwa podpisuje zobowiązanie do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jest informowany o zakresie informacji których rozpowszechnianie jest zakazane. W HRP Care obowiązuje regulamin dotyczący ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z procedurami dotyczącymi ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie HRP Care Sp. z o.o. posiada wdrożoną Politykę bezpieczeństwa oraz Politykę Compliance. Każdy pracownik posiadający dostęp do tajemnicy przedsiębiorstwa jest zobowiązany do stosowania wszystkich procedur oraz raportowania sytuacji upowszechnienia danych objętych klauzulą Tajemnica Przedsiębiorstwa. Firma HRP Care w całej swojej działalności, ściśle przestrzega przyjętych regulacji wewnętrznych poprzez wprowadzanie stosownych klauzul oraz informacji pracowników oraz kontrahentów. Należy zatem wskazać, iż HRP Care w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wskazał, iż informacje przekazane w kalkulacji cenowej oraz środkach dowodowych objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, a ponadto podjęto działania mające na celu zapewnienie im charakteru poufności przez zastosowanie odpowiednich regulaminów i procedur. Należy podkreślić, iż zgodnie z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wykazanie okoliczności odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa ma zostać uprawdopodobnione, a nie udowodnione.”

W dniu 2 grudnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny sporządzonych przez Odwołującego:

„ZAWIADOMIENIE O UZNANIU ZA BEZSKUTECZNE ZASTRZEŻENIA JAKO TAJEMNICY PRZEDSIĘBIO INFORMACJI ZAWARTYCH W WYJAŚNIENIACH RAŻĄCO NISKIEJ CENY

Niniejszym pismem Zamawiający informuje, że uznaje za bezskuteczne zastrzeżenie przez Wykonawcę: HRP Care Sp. z o.o. dowodów objętych klauzulą: Tajemnica Przedsiębiorstwa HRP Care w piśmie z dnia 26.11.2024 r., złożonych wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny, na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.11.2024 r., w trybie art. 224 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) [dalej: „ustawa Pzp”]. Przepisy ustawy Pzp nie wyłączają możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składanych w ramach wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Jednakowoż istotnym jest tutaj, że, zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U z 2022, poz 1233) [dalej: „ustawa ZNK”], przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się (...)

W konsekwencji wykonawca może zastrzec, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pod warunkiem, że w uzasadnieniu zastrzeżenia wykaże:

- po pierwsze, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. (...)
- po drugie, że informacja ta 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,
- a po trzecie, że podjęto w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności.

Przesłanki te muszą wystąpić łącznie. Zamawiający jako podmiot oceniający skuteczność dokonanego zastrzeżenia, powinien z należytą starannością zbadać, czy wykonawca wykazał spełnienie każdej z przesłanek, o której mowa w przywołanym wyżej przepisie ustawy ZNK. W związku z powyższym powinien ocenić między innymi, czy te elementy, które zostały utajnione, mogłyby wystąpić w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, względnie czy mogą być niezbędne w innej działalności, a ich ujawnienie mogłoby spowodować szkodę dla wykonawcy. Zamawiający powinien mieć na względzie przy tym, czy utajnione elementy w istocie nie stanowią wyłącznie jednorazowo użytego zbioru danych, który nie wpłynie na konkurencję w innych postępowaniach.

Jeśli zatem w dokumencie zastrzeżono informacje, które przymiotu tajemnicy nie spełniają w myśl przepisu art. 11 ust. 4 ustawy ZNK taki dokument jako całość nie może być zasadnie zastrzeżony. W drodze dokonanych czynności badania złożonych przez Wykonawcę w wyznaczonym terminie dokumentów Zamawiający stwierdził, że Wykonawca wraz z wyjaśnieniami złożył skompresowany plik zatytułowany: „Tajemnica przedsiębiorstwa 7z” zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa złożone w tym pliku dokumenty, którymi są pliki:

- 24_11_26 Kalkulacja ceny-sig.pdf,
- Faktura HRP opaski 06-224-sig.pdf,
- Faktura – utrzymanie serwera i backup (1)-sig.pdf,
- Faktura – utrzymanie serwera i backup (2)-sig.pdf,

- Faktura – utrzymanie serwera i backup (3)-sig.pdf,
- FV-MG-000139-11-24-sig.pl
- HRP_Polisa OC Podmiot leczniczy_do 07.04.2025 r.-sig.pdf,
- Potwierdzenia kwalifikacji-sig.pdf,
- Przykładowa umowa pracownika P.W.-sig.pdf,
- Przykładowa umowa z ratownikiem medycznym-K.Starosta-sig.pdf,
- Regulamin ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa-sig.pdf,
- Uchwała Zarządu o prowadzeniu regulaminu ochrony tajemnicy-sig.pdf,
- wykaz informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa-sig.pdf,
- Zarządzenie Zarządu w sprawie wprowadzenia regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa-sig.pdf,
- Zasady postępowania w przypadku naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa-sig.pdf,
- Zestawienie pracowników technicznych oddelegowanych do realizacji zamówienia-sig.pdf,
- Zobowiązanie do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa-sig.pdf,
- Zobowiązanie do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa zał. nr 2-sig.pdf.

Wykonawca w treści złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazał, że: (...) w przedstawionym Zamawiającemu uzasadnieniu wykonawca wskazał jedynie w sposób ogólny, że zastrzega kalkulację cenową oraz oferty handlowe i dowody zakupów. Nie podał przy tym, żadnych bliższych konkretnych powodów poczynionego zastrzeżenia czy też ewentualnych negatywnych skutków, jakie mógłby ponieść wykonawca na skutek ujawnienia tych informacji. Brak także w wyjaśnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonym przez Wykonawcę, wskazania konkretnych działań, jakie podjął wykonawca w celu zachowania tych danych w poufności. Sama informacja o klauzulach zachowania poufności zawarta w umowach z pracownikami jest niewystarczającym środkiem jaki podjął wykonawca celem zachowania w poufności tych danych. Okoliczności te sprawiają, że uzasadnienie jest ogólne, lakoniczne i nie wykazano, że przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK zostały spełnione. Podmiot zastrzegający informacje powinien był dołożyć starań, ażeby wiarygodnie wyjaśnić, dlaczego zastrzeżone informacje zasługują na ochronę należną tajemnicy przedsiębiorstwa. Twierdzenia w tym zakresie powinny zostać uprawdopodobnione. Wывód Wykonawcy powinien być zatem przekonujący, spójny, logiczny, uwzględniający charakterystykę niniejszego postępowania i zastrzeganych informacji. Okoliczności te sprawiają, że przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK nie zostały spełnione. Ponadto w wyroku z 25 października 2019 r., (Sygn. akt: KIO 2033/19), Izba orzekła, że: „(...) W ocenie Zamawiającego, wobec tak złożonych wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

- nie ma podstaw, by stwierdzić, że Wykonawca wykazał jakąkolwiek wartość gospodarczą informacji zawartych w zastrzeżonym zbiorze, które zamawiający zamierza ujawnić, a tylko informacje o określonej wartości gospodarczej mogą podlegać ochronie;

- argumenty Wykonawcy zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w znacznej mierze są ogólne i powołują się na cechy przynależne większości wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wykonawca nie wyjaśnił jaki jest związek przyczynowo-skutkowy między ujawnieniem informacji zawartych w w/w plikach a stratą czy też zmniejszeniem konkurencyjności, o których w wyjaśnieniu wspomina Wykonawca i jaka jest realna skala tej straty. Na tę okoliczność Wykonawca nie przedstawił żadnych argumentów w jaki sposób ujawnienie informacji zawartych w w/w plikach doprowadzi do Jego szkody. Wobec powyższego wyjaśnień takich nie sposób uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, brakuje w nich bowiem konkretów obrazujących np. w jaki to negatywny sposób dobór wszystkich rozwiązań przyjętych w zakresie kalkulacji ceny w tym postępowaniu może wpłynąć ujemnie na przyszłą działalność Wykonawcy przez podmioty konkurencyjne. Wykonawca powinien wykazać między innymi, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło Jego samego.

Zamawiający nie ma zatem wystarczających podstaw do przyjęcia, iż zostały spełnione przesłanki konieczne do zastrzeżenia w całości informacji zawartych w w/w plikach jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wszelkie wyjątki od tej zasady winny być poddane wyczerpującej i dogłębnej analizie. Wykonawca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa powinien, chcąc wyłączyć jawność postępowania w stosunku do dokumentów składanych zamawiającemu, uprawdopodobnić przesłanki konieczne do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Samo oświadczenie przez Wykonawcę, że

określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest wystarczające do uznania tych informacji za taką tajemnicę. Krajowa Izba Odwoławcza w orzecznictwie wielokrotnie wskazywała, że kalkulacje cenowe, jako właściwe danemu wykonawcy nie mogą być ujawnione, o ile wykonawca wykaże zasadność ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, Wykonawca był też zobowiązany wykazać rzeczywiste pozostawanie wszystkich zastrzeżonych informacji w poufności. W opinii Zamawiającego bez wpływu na ocenę poufności zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji jest wymienienie i załączenie narzędzi z jakich Wykonawca korzysta w celu zapewnienia ochrony. Katalog wymienionych środków w istocie sprowadza się do podania ich rodzaju, jednak z określenia rodzaju nie wynika, że to właśnie te konkretne informacje, są chronione, a tym bardziej, iż w stosunku do określonych informacji podjęto działania zmierzające do zachowania w poufności działań związanych z przedstawionym w wyjaśnieniach sposobem kalkulacji ceny. Wobec braku wykazania przez Wykonawcę przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, na Zamawiającym ciąży obowiązek ujawnienia dołączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dowodów w części, w jakiej dokumenty te zawierają informacje, które nie wypełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. W niniejszym przypadku, Wykonawca nie dołożył starań, żeby wyjaśnić zasadność poczynionego zastrzeżenia. Nie wykazał bowiem dlaczego złożone wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny dowody stanowią zastrzeżone informacje, które powinny być chronione w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym nie spełnił wszystkich przesłanek zastrzeżenia wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Wykonawca wskazał jedynie, że informacje zawarte w przedmiotowych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Samo stwierdzenie, że dane informacje mieszczą się w pojęciu tajemnicy przedsiębiorstwa i nie jest wystarczającym, aby uznać, że Wykonawca dokonał skutecznego ich zastrzeżenia, podobnie jak przywołanie przez Wykonawcę w uzasadnieniu zatajenia informacji przedsiębiorstwa wyroków KIO na potwierdzenie ugruntowanego orzecznictwa. Zamawiający – w sytuacji gdy Wykonawca nie składa odpowiedniego uzasadnienia popartego dowodami – winien uznać zastrzeżenie tajemnicy za nieskuteczne, a w konsekwencji ujawnić informacje Wykonawcy objęte nieskutecznym zastrzeżeniem, nawet mimo braku Jego zgody. Wskazania wymaga tutaj, że obowiązujące przepisy w tym zakresie nie przewidują, że wyrażenie zgody przez Wykonawcę lub jej brak, na odtajnienie nieskutecznie zastrzeżonych informacji, pociąga za sobą jakiegokolwiek skutki prawne. Raz jeszcze podkreślić należy, że zasadą postępowania jest jego jawność i przejrzystość, a zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Poza tym według jednolitego orzecznictwa KIO informacje dotyczące realizacji zamówień wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych jako dotyczące działalności tych podmiotów oraz wydatkowania środków publicznych, podlegają co do zasady ujawnieniu wnioskującemu o ich uzyskanie na podstawie m.in. przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Wobec powyższego Zamawiający informuje, że uznaje za nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa plików stanowiących dowody na wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, złożone wraz z pismem z dnia 26.11.2024 r., na wezwanie z dnia 18.11.2024 r. Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, tj.:

- 24_11_26 Kalkulacja ceny-sig.pdf,
- Faktura HRP opaski 06-224-sig.pdf,
- Faktura – utrzymanie serwera i backup (1)-sig.pdf,
- Faktura – utrzymanie serwera i backup (2)-sig.pdf,
- Faktura – utrzymanie serwera i backup (3)-sig.pdf,
- FV-MG-000139-11-24-sig.pl
- HRP_Polisa OC Podmiot leczniczy_do 07.04.2025 r.-sig.pdf,
- Potwierdzenia kwalifikacji-sig.pdf,
- Przykładowa umowa pracownika P.W.-sig.pdf,
- Przykładowa umowa z ratownikiem medycznym-K.Starosta-sig.pdf,

i dokumenty powyższe uznaje za jawne w całości.”

W dniu 2 grudnia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 17 grudnia 2024 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej informacja od Zamawiającego, że w dniu 12 grudnia 2024 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnił postępowanie. Z załączonego dokumentu dotyczącego tych czynności wynika m.in.: „Zamawiający informuje o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 02.12.2024 r. złożonej przez: HRP Care Sp. z o.o. (ul. Kilińskiego 185, 90-348 Łódź). Podstawą

faktyczną niniejszej decyzji jest powzięcie uzasadnionych wątpliwości co do możliwości spełnienia warunków niniejszego zamówienia przez wybranego do jego realizacji Wykonawcę. W związku z powyższym Zamawiający informuje jednocześnie o powtórzeniu czynności oceny i badania wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający dokonał również unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 i 6 ustawy pzp. Izba ustaliła, że na powyższą czynność nie wniesiono odwołania.

Dowody Przystępującego:

- wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Odwołującego z dnia 24 kwietnia 2024 r. w postępowaniu: „Świadczenie usługi teleopieki poprzez prowadzenie całodobowego Telecentrum obsługiwane przez ratowników medycznych i monitorowanie uczestników projektu, najem opasek na rękę oraz udostępnienie systemu teleinformatycznego tj. Platformy Koordynacyjno-Społecznej” prowadzonym przez Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Poznaniu.
- faktura z dnia 9 marca 2023 r. nr 2/PHA/03/2023 oryginał, wystawiona przez Novama.Tech sp. z o.o., cena netto za „Opaska Novama by HRP z kartą SIM”: 185,20 zł netto.
- faktura z dnia 31 lipca 2023 r. nr 2/PHA/07/2023 oryginał, wystawiona przez Novama.Tech sp. z o.o., cena netto za „Opaska Novama by HRP z kartą SIM”: 185,20 zł netto.

Dowody Odwołującego:

- dokumenty z postępowania prowadzonego przez Gminę Lublin – Zespół Ośrodków Wsparcia w Lublinie, na Usługę teleopieki wraz z usługą serwisową 800 urządzeń finansowana ze środków pochodzących z budżetu Miasta Lublin: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Odwołującego oraz informacja Zamawiającego o uznaniu tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień z wyjątkiem polisy OC.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do oceny zasadności czynności odtajnienia środków dowodowych załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołującego i uznania przez Zamawiającego braku wykazania przez Wykonawcę przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosił, że przepisy ustawy pzp nie regulują zasad i sposobu wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa stąd dokonane przez niego zastrzeżenie powinno zostać uznane za prawidłowe. Odwołujący wskazywał, że załączył do uzasadnienia zastrzeżenia dokumenty opisujące procedury dotyczące poufności, których Zamawiający nie przeanalizował. Dodatkowo zaznaczał, że czynność uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska stoi w sprzeczności z czynnością odtajnienia środków dowodowych załączonych do wyjaśnień. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego uznając, że Zamawiający właściwie ocenił uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone wraz z wyjaśnieniami w zakresie ceny, dlatego też zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Na wstępie wskazania wymaga, że w świetle art. 11 ust. 2 UZNK 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.

Wskazać należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. W odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK zasada ta doznaje ograniczenia, pod warunkiem, że wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może natomiast zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5, a więc o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, a także cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (wartość gospodarcza informacji, okoliczność, że nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą zostać spełnione łącznie. Jak wskazano w wyroku KIO 589/21 z dnia 22 marca 2021 r.: „Dla zachowania poufności informacji konieczne jest to, aby nie była to informacja łatwo dostępna. W ocenie Izby odpadnięcie tej przesłanki powoduje, że informacja traci walor tajemnicy przedsiębiorstwa.” Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od naczelnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazania wymaga, że transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na

zasadzie jawności. Tym samym powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności. „Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością” (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18).

Jak wynika z treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp 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 UZNK oraz do przywołania treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp. Ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy pzp 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 bądź nie dokonanego przez siebie zastrzeżenia 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 jakoś 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 4 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2551/21 oraz KIO 2573/21).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał wraz z przekazanymi informacjami wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a ocena dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa. Zarzuty postawione w odwołaniu nie potwierdziły się.

Na wstępie podkreślić należy, że Izba poddała analizie uzasadnienie zastrzeżenia przekazanych przez Odwołującego dokumentów i podzieliła stanowisko Zamawiającego, że uzasadnienie było lakoniczne, w sposób ogólny odnosiło się do wartości gospodarczej oraz przesłanki zachowania informacji w poufności i w takiej formie mogłoby mieć zastosowanie do każdego postępowania. Odwołujący nie powiązał rodzaju zastrzeganych informacji ze wskazaniem ich wartości gospodarczej, możliwej do poniesienia przez Wykonawcę szkody w wyniku ich ujawnienia, a także brak jest powiązania pomiędzy zastrzeganyimi informacjami a ogólnie przyjętymi w przedsiębiorstwie Odwołującego działaniami mającymi na celu utrzymanie jakiegoś kręgu informacji w poufności. Wbrew bowiem twierdzeniom Odwołującego to uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinno wykazywać wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK, a dowody dołączone do uzasadnienia potwierdzać, że podjęte działania w celu zachowania w poufności dotyczą zastrzeganych informacji.

Odwołujący na wstępie uzasadnienia stwierdza, że objął kalkulację cenową i środki dowodowe klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe, nie stanowi jednak wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK, a jedynie przedstawia wolę Wykonawcy, aby informacje te pozostały utajnione. Dalej Odwołujący stwierdza, że ww. dokumenty stanowią bezsprzecznie wartość gospodarczą: „gdyż takie działanie mogłoby narazić Wykonawcę na wymienne straty oraz wpłynęłoby negatywnie na jej pozycję na rynku.” Odwołujący poza własną subiektywną oceną nie przywołuje jednak żadnych konkretnych danych. Jak słusznie twierdził Zamawiający, Wykonawca nie wskazał, dlaczego ujawnienie przekazanych informacji może narazić Odwołującego na straty, ani jakie okoliczności powodują, że wpłynęłoby to

negatywnie na jego pozycję na rynku. Wykonawca nie odwołał się w ogóle do rodzaju informacji zawartych w przekazanych dokumentach, nie wskazał, czy to dane kontrahentów, czy to uzyskiwane ceny z uwagi na ich atrakcyjność, upusty, rabaty, czy też szczególna metodologia wyceny stanowi wartość gospodarczą. Trudno na podstawie złożonego uzasadnienia stwierdzić w czym właściwie i dlaczego Wykonawca upatruje wartości gospodarczej, szczególnie że chociażby nazwa producenta oferowanych opasek wynika z treści samej oferty czy też kwalifikacje i dane osób skierowanych do realizacji zamówienia wynikają z treści niezastrzeżonego wykazu osób. Jak wskazuje się w orzecznictwie informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej (tak KIO w wyroku z dnia 6 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2331/20). Takie informacje powinny być dla wykonawcy przynajmniej potencjalnie źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 9/20). Wykonawca nie wskazał, które informacje powodują, że ich ujawnienie może negatywnie wpłynąć na konkurencyjność na rynku, ani gdzie przejawia się ich wyjątkowość niedostępna innym wykonawcom. Z uzasadnienia nie wynika czy chodzi o relacje biznesowe, uzyskane ceny stanowiące wynik negocjacji czy długotrwałej współpracy, a co więcej brak dowodów, aby w odniesieniu do zastrzeżonych informacji takie okoliczności wystąpiły. Załączone do wyjaśnień ceny faktury nie zawierają żadnej informacji o wyjątkowości wskazanych tam wartości cenowych, podobnie jak sama kalkulacja ceny. Odwołujący nie wykazał więc, że zastrzeżone informacje realnie posiadają wartość gospodarczą, że ich ujawnienie faktycznie wpłynie na pozycję konkurencyjną Wykonawcy i powstanie po jego stronie szkody. Izba zauważa, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji zależy od decyzji wykonawcy, co podnosił na rozprawie Odwołujący. Niemniej jednak wola wykonawcy, aby pewne informacje pozostały utajnione nie jest wystarczająca w świetle art. 11 ust. 2 UZNK dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśliby bowiem za argumentacją Odwołującego uznać, że wystarczającym dla wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa jest stwierdzenie, że kalkulacja ceny stanowi „bezsprzecznie wartość gospodarczą” to niewątpliwie każdy wykonawca w każdym postępowaniu dążyłby do jej utajnienia co czyniłoby zasadę jawności postępowania nieaktualną. Słusznie Zamawiający podnosił, że wydatkowanie środków publicznych jest jawne, a przestrzeganie tej zasady, w tym należyte badanie tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle art. 18 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK urzeczywistnia pozostałe zasady udzielania zamówień publicznych, jak równości, przejrzystości i uczciwej konkurencji. W konsekwencji wola wykonawcy nieujawniania pewnych informacji nie powoduje jeszcze, że cechują się one przymiotem tajemnicy przedsiębiorstwa zasługującej na ochronę. Odwołujący pomija w swojej argumentacji, że art. 18 ust. 3 ustawy pzp nie stanowi wyłącznie o dokonaniu przez wykonawcę „zastrzeżenia”, czyli o przekazaniu Zamawiającemu woli utajnienia informacji, ale wymaga także wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK, czego Wykonawca zaniechał.

Izba uznała bowiem za Zamawiającym, że Odwołujący nie wykazał także przesłanki zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Wykonawca w tym zakresie powołuje się na podjęcie szeregu działań w celu ochrony informacji poufnych wymieniając dokumenty wewnętrznie funkcjonujące w jego przedsiębiorstwie i procedury bezpieczeństwa. Wykonawca nie opisuje jednak w jakim zakresie zabezpieczenia te zostały zastosowane względem konkretnych informacji zastrzeżonych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący w odwołaniu podnosi zarzut względem Zamawiającego dotyczący nieprzeanalizowania załączonych dokumentów w zakresie wykazania przesłanki poufności z art. 11 ust. 2 UZNK. Niemniej jednak to Wykonawca powinien był zastrzegając określone informacje wykazać, jakie procedury utrzymania ich w poufności z funkcjonujących u Wykonawcy zostały zastosowane w tym przypadku, czego nie uczynił. Jak słusznie więc wskazał Zamawiający w decyzji o odtajnieniu informacji: „*bez wpływu na ocenę poufności zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji jest wymienienie i załączenie narzędzi z jakich Wykonawca korzysta w celu zapewnienia ochrony. Katalog wymienionych środków w istocie sprowadza się do podania ich rodzaju, jednak z określenia rodzaju rodzaju nie wynika, że to właśnie te konkretne informacje, są chronione, a tym bardziej, iż w stosunku do określonych informacji podjęto działania zmierzające do zachowania w poufności działań związanych z przedstawionym w wyjaśnieniach sposobem kalkulacji ceny.*” Wykonawca podaje w uzasadnieniu zastrzeżenia, że: „*Firma HRP Care w całej swojej działalności, ściśle przestrzega przyjętych regulacji wewnętrznych poprzez wprowadzanie stosownych klauzul oraz informacji pracowników oraz kontrahentów.*” Z zastrzeżonych dokumentów, które dotyczą także kontrahentów Wykonawcy (faktury, polisa) nie wynika jednak, aby podmioty te zostały zobowiązane do zachowania informacji w nich zawartych w poufności. Tym samym trudno uznać, aby Odwołujący faktycznie zastosował wszystkie środki zabezpieczające przed ujawnieniem zastrzeżonych informacji, skoro kontrahenci może nimi swobodnie dysponować, a okoliczność przeciwna nie została w uzasadnieniu wykazana. Co więcej, Izba przeanalizowała załączone do uzasadnienia dokumenty przedstawiające procedury funkcjonujące u Wykonawcy mające na celu ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa i nie wynika z nich, aby informacje zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z wewnętrznymi regulacjami Wykonawcy. Izba w tym zakresie wskazuje szczególnie na par. 5 i 6 Regulaminu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Żaden

z zastrzeżonych dokumentów nie został oznaczony odpowiednią klauzulą, a załączone zobowiązania to wzory stosowane u Wykonawcy. Nie jest więc wiadome czy i jaki krąg osób został faktycznie zobowiązany do zachowania w poufności przekazanych wraz z wyjaśnieniami rnc informacji. Zastrzeżenie dokonane przez Odwołującego nie mogło zostać więc uznane za skuteczne. Izba zauważa, że Odwołujący powołując się na złożone przez siebie dowody wskazał, że być może polisa OC nie powinna zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak też stwierdził zamawiający w innym postępowaniu, na które Odwołujący się powołał, co świadczy o tym, że analiza Wykonawcy pod względem spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa została dokonana bezrefleksyjnie.

Dalej podkreślić należy, że trudno uznać także za wykazane, w świetle dowodów dołączonych do pisma procesowego Przystępującego, aby przynajmniej część z przekazanych informacji nie była powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie była łatwo dostępna dla takich osób. Odnosząc się natomiast do złożonych przez Odwołującego dowodów dotyczących uznania analogicznych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa przez innego zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Izba zaznacza za Zamawiającym, że Izba dokonuje oceny czynności zamawiającego w konkretnym postępowaniu. Nie jest rolą Izby ocena czy czynności innego zamawiającego były prawidłowe. Jak słusznie wskazał Odwołujący, to zamawiający jest gospodarzem danego postępowania i podejmowane czynności są wynikiem jego uznania i oceny, która jednak może podlegać weryfikacji, chociażby w drodze środków ochrony prawnej. W przedmiotowym postępowaniu zdaniem Izby czynność odtajnienia wskazanych w piśmie Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2024 r. informacji przekazanych przez Odwołującego, w świetle złożonego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa była prawidłowa. Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, że pierwotna czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej stanowiąca m.in. rezultat uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący wyjaśnił realność ceny oferty stoi w sprzeczności z czynnością odtajnienia zastrzeżonych wraz z wyjaśnieniami informacji. Jak słusznie podnosili Zamawiający i Przystępujący, są to dwie odrębne czynności Zamawiającego ocenianie przez pryzmat odmiennych przepisów i pozytywna ocena jednej okoliczności (wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska) nie przesądza negatywnej oceny drugiej (braku wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa).

Z tych powodów Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się i oddaliła odwołanie.

Zaznaczenia również wymaga, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp: „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.” Mając na względzie, że Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie, a decyzja w tym zakresie wobec braku środka ochrony prawnej wniesionego na tę czynność stała się ostateczna, to nawet w przypadku naruszenia przepisów ustawy pzp (czego Izba nie stwierdziła), odwołanie podlegałoby oddaleniu z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania. Unieważnienie czynności odtajnienia informacji przekazanych wraz z wyjaśnieniami rnc przez Odwołującego nie mogłoby w żaden sposób wpłynąć na wynik postępowania, które zostało prawomocnie unieważnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: