

WYROK

Warszawa, dnia 15 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Marcina Grzesiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MG Partner M.G., Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Wodzisław Śląski,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części 1 postępowania;
- 1.2 odtajnienie w całości wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Vital – Med. Sp. z o.o. w dniu 18 grudnia 2023 r.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Marcina Grzesiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MG Partner M.G., Warszawa tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy Marcina Grzesiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MG Partner M.G., Warszawa kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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 3912/23

UZASADNIENIE

W dniu 27 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wypłynęło odwołanie wykonawcy Marcina Grzesiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MG Partner M.G., Warszawa (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Miastu Wodzisław Śląski (dalej „Zamawiający”) w część I zamówienia:

- 1) zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu istotnych informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonej przez Wykonawcę Vital-Med sp. z o.o., co uniemożliwia Odwołującemu weryfikację istotnej części dokumentacji postępowania, której treść może mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania, w tym na możliwość zakwestionowania złożonych wyjaśnień i udowodnienia, że oferta Wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny; a w konsekwencji,
- 2) niezgodnym z przepisami ustawy PZP wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Vital-Med sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP poprzez bezpodstawne zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy Vital-Med sp. z o.o. w postaci treści zastrzeżonej części wyjaśnień z dnia 18 grudnia 2023 r. złożonych przez tego Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2023 r., z uwagi na brak spełnienia przez Wykonawcę przesłanek warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia oraz fakt, iż nie stanowią one informacji spełniających przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia złożonej przez Wykonawcę Vital-Med sp. z o.o.; ii) odtajnienie

zastrzeżonych przez Wykonawcę Vital-Med sp. z o.o. informacji w zakresie utajnionej części wyjaśnień z dnia 18 grudnia 2023 r. złożonych przez tego Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2023 r.; iii) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwoływającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu w kwocie 7500 zł oraz kosztów zastępstwa prawnego na podstawie faktury przedłożonej na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwoływający wskazał, że Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług opiekuńczych dla klientów Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Wodzisławiu Śląskim” nr referencyjny WPZ.271.21.2023. Postępowanie przeprowadzono w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy PZP o wartości nieprzekraczającej progów unijnych. Odwołanie dotyczy części I zamówienia.

Odwoływający wskazał, że Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP pismem z dnia 14 grudnia 2023 r. wezwał Wykonawcę Vital-Med sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, bowiem zaoferowana cena lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca pismem z dnia 18 grudnia 2023 r. przedstawił wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, a jednocześnie zastrzegł, że część informacji zawartych w piśmie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający zaakceptował przedstawione wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, po czym w dniu 20 grudnia 2023 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części I zamówienia złożonej przez Wykonawcę Vital-Med sp. z o.o.

Odwoływający pismem z dnia 20 grudnia 2023 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania. Zamawiający udostępnił dokumentację postępowania, w tym częściowo utajnione wyjaśnienia Wykonawcy Vital-Med sp. z o.o. z dnia 18 grudnia 2023 r. Następnie Odwoływający pismem z dnia 21 grudnia 2023 r. wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie pisma z dnia 18 grudnia 2023 r. złożonego przez Wykonawcę Vital-Med sp. z o.o. zawierającego wyjaśnienia w zakresie ceny oferty i kalkulację ceny w ramach części I zamówienia (stanowiące odpowiedź na wezwanie ws. rażąco niskiej ceny), bowiem Wykonawca nie wykazał okoliczności uzasadniających tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający pismem z dnia 22 grudnia 2023 r. poinformował, że odmawia odtajnienia, bowiem w ocenie Zamawiającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wystarczające.

W ocenie Odwoływającego, Zamawiający odmawiając odtajnienia i udostępnienia Odwoływającemu istotnych informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień dotyczących ceny dopuścił się oczywistego i rażącego naruszenia przepisów ustawy PZP oraz zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady przejrzystości i jawności postępowania.

Odwoływający wskazał, że fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania wyrażona wprost w art. 18 ust. 1 ustawy PZP. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy PZP). Nie ulega wątpliwości, że wykładnia ww. przepisów powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasad, do stosowania których zamawiający zobowiązany jest w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności (art. 16 ustawy Pzp). W świetle przywołanych powyżej zasad, wszelkie wyłączenia czy ograniczenia zasady jawności powinny być stosowane bardzo rygorystycznie. Z uwzględnieniem powyższego powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenia jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady. Odwoływający zwrócił uwagę na stanowisko wyrażone przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21, w który wskazano, że: uznając, choćby z uwagi na pochodzenie środków, z jakich finansowane są zamówienia publiczne, że priorytetem przy ich wydatkowaniu powinna być jawność, transparentność i przejrzystość.

Odwoływający wskazał, że zasadniczy wyjątek, jak ustanawia ustawa PZP, pozwalający na odstępstwo od zasady jawności, przewidziany został w art. 18 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika z powołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji, rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwoływający wskazał, że w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor

tajemnicy przedsiębiorstwa. Innymi słowy nie jest wystarczające samo zastrzeżenie, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, ale koniecznym jest wykazanie i udowodnienie konkretnych okoliczności uzasadniających tę tajemnicę w odniesieniu do konkretnych informacji. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27.03.2023 r. sygn. akt KIO 674/23: W art. 18 ust. 3 p.z.p. ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca "wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została sformułowana w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1)informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2)jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności. W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się "wartością gospodarczą". W konsekwencji, wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego, że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada (tak m.in. w wyroku SO w Warszawie z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22). Kierując się ww. założeniami Zamawiający powinien dokonać oceny czy zaistniały podstawy by daną informację wykonawca mógł zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa i czy uczynił to skutecznie.

Odwołujący wskazał w odniesieniu do wyjaśnień dotyczących wyliczenia i kalkulacji ceny Wykonawca Vital-Med sp. z o.o. w piśmie z dnia 18 grudnia 2023 r. w części pisma oznaczonej „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa” wskazał, że informacje zawarte w piśmie mają stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, toteż nie mogą zostać udostępnione innym podmiotom. Odnośnie uzasadniania Wykonawcy, że przedmiotowe wyjaśnienia miałyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca przytoczył jedynie przepisy dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa oraz w sposób ogólny i abstrakcyjny powołał się na ustawowe przesłanki zastrzeżenia tajemnicy, ale nie wykazał zaistnienia tych przesłanek i nie udowodnił żadnych konkretnych okoliczności, które miałyby zachodzić w niniejszej i uzasadniać poufność złożonych wyjaśnień. Wykonawca w żadnej mierze nie wykazał, w czym przejawia się wartość gospodarcza wskazanych informacji i poszczególnych elementów kalkulacji oraz nie udowodnił jakie konkretnie środki podjął Wykonawca celem zachowania ich poufności.

W ocenie Odwołującego żaden z argumentów przywoływanych przez Wykonawcę w uzasadnieniu utajnienia nie daje podstaw do stwierdzenia, iż ziściły się przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, umożliwiające zachowanie tych informacji w poufności. Już pierwsza z tych przesłanek nie materializuje się w stosunku do informacji zawartych w wyjaśnieniach, w szczególności zaś z uwagi na brak udowodnienia istnienia wartości gospodarczej ww. informacji. W ocenie Odwołującego, mimo że odniesień do wartości gospodarczej w wyjaśnieniach jest co najmniej kilka, to w żadnym stopniu wykonawca ten nie wykazał, że właśnie te informacje, które zostały

zastrzeżone w jego wyjaśnieniach, posiadają jakąkolwiek wartość gospodarczą i w czym ta wartość się konkretnie przejawia. Znamionym jest, że aby twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach mogły zostać uznane za wiarygodne w tym zakresie, wykonawca powinien odnieść się do każdej z kategorii zastrzeżonych informacji osobno i w stosunku do każdej z nich wykazać zaistnienie spełnienia warunków umożliwiających ich zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie zastrzeżono kluczową część pisma z dnia 18 grudnia 2023 r., która zawiera zasadniczą część wyjaśnień odnoszących się do kalkulacji cenowej. Cała "ujawniona" część wyjaśnień jest natomiast bezwartościowa, gdyż oprócz ogólnych stwierdzeń w zakresie potwierdzenia skalkulowania elementów zamówienia, nie zawiera żadnych przedmiotowo istotnych informacji, które miałyby tłumaczyć wysokość zaoferowanej ceny. Natomiast w odniesieniu do zastrzeżonej części pisma - wyjaśnień i kalkulacji wykonawcy - w żaden sposób nie wynika, na czym miałyby de facto polegać wartość gospodarcza lub handlowa zastrzeżonych informacji w odniesieniu do każdej z kategorii zastrzeganych informacji. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy odnosi się zbiorczo do całości wyjaśnień wskazując co do zasady, że wartość gospodarczą tych informacji stanowi wartość utraty konkurencyjnej pozycji Vital-Med z o.o. na rynku. Zdaniem Odwołującego, takie wskazanie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji jest niewystarczające i nie może stać się przyczyną uwzględnienia ich zastrzeżenia.

Zdaniem Odwołującego, z treści uzasadnienia nie sposób wywieść jaki charakter i znaczenie mają poszczególne informacje zastrzeżone przez Vital-Med sp. z o.o., co uniemożliwia skuteczną ich ochronę jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca nie zawarł szczegółowych opisów poszczególnych rodzajów informacji oraz tego w czym konkretnie przejawia się ich wartość gospodarcza. Tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny także stanowić informacje co do sposobu kalkulacji ceny, w tym stawki oferowane osobom skierowanym do realizacji zamówienia. Cena za realizację zamówienia to istotny czynnik oferty, naturalny element, którym konkurują wykonawcy. Istotne są zatem czynniki mogące mieć wpływ na jej obniżenie, nie zaś sama kwota, która może być nieosiągalna dla konkurenta, jeśli nie posiada on rozwiązań pozwalających na obniżenie ceny. Ponadto Vital-Med sp. z o.o. nie wykazał istotnego elementu tajemnicy przedsiębiorstwa, jakim jest podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności. W wyjaśnieniach wykonawca ten wskazuje na dokonane zastrzeżenie, iż informacje te nie zostały przedstawione innym podmiotom, czy w końcu, że istnieją w jego przedsiębiorstwie procedury mające na celu ochronę tego typu danych, a także wskazuje na rzekome zabezpieczenia, jakie potencjalnie stosuje w celu ochrony informacji. Wszystkie te stwierdzenia są gołosłowne i nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami. Zdaniem Odwołującego brak jest więc jakiegokolwiek dowodu na to, aby została podjęta w przedsiębiorstwie wykonawcy uchwała dotycząca obowiązku stosowania tego typu klauzul w umowach z pracownikami, albo aby wdrożono jakąkolwiek procedurę postępowania z informacjami chronionymi, w tym z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie mówiąc już o tym, że nie jest też znana treść tych dokumentów, więc nie ma też dowodu na to, że są one właściwe dla zabezpieczenia ww. informacji. Trudno przyjąć, aby wykonawca, który jak twierdzi, wdrożył stosowne procedury, stosuje określone klauzule w umowach miał jakiegokolwiek problemy z uprawdopodobnieniem swoich twierdzeń w zakresie podjęcia działań zmierzających do zachowania ich w poufności i to nie tylko w teorii, ale też w praktyce poprzez przedłożenie stosownych dokumentów w tym zakresie. Wszystkie te względy przesądzają, że Vital-Med sp. z o.o. nie wykazał, iż podjął wystarczające działania zmierzające do zachowania tych utajnionych informacji w poufności.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca złożył oświadczenie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę dla podmiotów trzecich, że w jego organizacji stosowane są procedury mające na celu ochronę informacji, że wszyscy pracownicy posiadają w swoich umowach odpowiednie klauzule, a także, że wykonawca wprowadził odpowiednie zabezpieczenia. Wskazanie ww. okoliczności opierało się jednak wyłącznie na deklaracji, wykonawca nie złożył żadnych dowodów na poparcie ww. twierdzeń, a zatem nie wykazał wypełnienia tej przesłanki. Wykazanie to było, możliwe, przez złożenie np. umów z pracownikami zaangażowanym w realizację przedmiotowego zamówienia, czy procedur mających na celu ochronę informacji, skoro, zgodnie z oświadczeniem wykonawcy, takie procedury funkcjonują. Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, kwestia wykazania nie oznacza jedynie wskazania określonych czynności podejmowanych przez wykonawcę w celu zachowania w poufności zastrzeganych informacji, ale konieczność udowodnienia skutecznej ich ochrony. Powyższe wynika z aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 500/21, wyrok z dnia 26 października 2021 r. sygn. akt KIO 2571/21, wyrok z dnia 14 marca 2022 r. sygn. akt KIO 464/22, wyrok z dnia 1 marca 2023 r. sygn. akt KIO 404/23, a także orzecznictwa Sądu Zamówień Publicznych: wyrok z dnia 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, wyrok z dnia 24 lutego 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 133/21, wyrok z dnia 30 maja 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 69/22.

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

czyni zarzut podniesiony w niniejszym odwołaniu zasadnym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie Zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP74/05 wyraźnie stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Uznając zastrzeżenie opisanych powyżej informacji za bezskuteczne, zasadnym jest odtajnienie dokumentów. Czynność ta może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, jako że Odwołujący po zapoznaniu się z treścią dokumentów objętych zarzutem niniejszego odwołania, będzie miał możliwość oceny prawidłowości czynności podjętych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, że do pisma Zamawiającego z dnia 22 grudnia 2023 r., w którym Zamawiający odmówił odtajnienia wyjaśnień Vital-Med sp. z o.o. dotyczących ceny oferty. Zamawiający nie odniósł się do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego we wniosku z dnia 21 grudnia 2023 r. o udostępnienie odtajnionego pisma z dnia 18 grudnia 2023 r. złożonego przez Wykonawcę Vital-Med sp. z o.o., pomimo wykazania w nim braku przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynie ogólnikowo wskazał, że: zdaniem Zamawiającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wystarczające. Ponadto Zamawiający w piśmie z dnia 22 grudnia 2023 r. wskazał jakoby czynność odtajnienia może zostać dokonana wyłączenie przed rozstrzygnięciem postępowania. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Odwołujący wskazał, że stosownie do treści art. 74 ust. 2 ustawy PZP załączniki do protokołu postępowania, z wyjątkiem ofert, udostępnia się dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym wykonawca może uzyskać wgląd w podmiotowe środki dowodowe, czy właśnie wyjaśnienia dotyczące ceny złożone w toku postępowania przez innego wykonawcę dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, zatem dopiero po rozstrzygnięciu postępowania wykonawca może powziąć wiedzę, że określony dokument został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa i dopiero wówczas może wnioskować o jego odtajnienie. Przyjęcie stanowiska Zamawiającego podniesionego w piśmie z dnia 22 grudnia 2023 r. skutkowałoby zaistnieniem niezgodnej z ustawą PZP sytuacji, w której samo zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów złożonych po terminie składania ofert, uniemożliwiałoby innym wykonawcom kwestionowanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ewentualne zapoznanie się z tymi dokumentami, celem weryfikacji prawidłowości działania Zamawiającego w toku postępowania.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług opiekuńczych dla klientów Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Wodzisławiu Śląskim” nr referencyjny WPZ.271.21.2023 (dalej „Postępowanie”).

Izba ustaliła, że zamówienie zostało podzielone na dwie części: część 1 – Świadczenie usług opiekuńczych i specjalistycznych usług opiekuńczych dla Klientów Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Wodzisławiu Śląskim oraz część 2 „Świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi dla Klientów Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Wodzisławiu Śląskim”.

Izba ustaliła, że zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 938.880,00 złotych brutto, w tym: - na część 1 - 869.760,00 zł brutto; na część 2 - 69.120,00 zł brutto.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostało złożonych pięć oferty, w tym oferta Przystępującego oraz Odwołującego. Izba ustaliła, że Odwołujący zaoferował za realizację części 1 zamówienia cenę 827 280 zł. brutto, zaś Przystępujący kwotę 748 944 zł. brutto.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 14 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie części 1 zamówienia na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie:

- kalkulacji ceny za godzinę świadczenia usług w terminie od 1 lutego 2024 r. do 30 czerwca 2024 r., oraz od 1 lipca 2024 r. do 31 stycznia 2025 r.,
- kalkulacji wynagrodzenia koordynatora usług do kontaktów z Zamawiającym jak również do bezpośredniego osobistego kontaktu z klientami MOPS, w stacjonarnym punkcie obsługi na terenie miasta Wodzisławia Śląskiego, dla osób/rodzin, u których świadczone są usługi,
- wykazania jakie koszty poniesie wykonawca m.in. z tytułu wynajmu lokalu na terenie miasta Wodzisławia Śląskiego, wyposażenia osób wykonujących usługi w środki ochrony osobistej lub zalecone przez lekarza wzmożone środki ochrony osobistej, a także innych zobowiązań wynikających ze Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dla części I.
- zysku Wykonawcy,
- oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztów w szczególności z zakresu:
 - a) Zarządzania procesem świadczonych usług;

- b) Wyjątkowo korzystnych warunków usług;
- c) Oryginalności dostaw i usług oferowanych przez Wykonawcę;
- d) Zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- e) Zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- f) Zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- g) Zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska;
- h) Wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Postępowanie przeprowadzono w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy PZP o wartości nieprzekraczającej progów unijnych. Odwołanie dotyczy części I zamówienia.

Izba ustaliła, że Przystępujący pismem z dnia 18 grudnia 2023 r. przedstawił wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, a jednocześnie zastrzegł, że część informacji zawartych w piśmie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 20 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 zamówienia złożonej przez Wykonawcę Vital-Med sp. z o.o.

Izba ustaliła, że Odwołujący pismem z dnia 20 grudnia 2023 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania. Zamawiający udostępnił dokumentację postępowania, w tym częściowo utajnione wyjaśnienia Wykonawcy Vital-Med sp. z o.o. z dnia 18 grudnia 2023 r. Ponadto, Izba ustaliła, że pismem z dnia 21 grudnia 2023 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie pisma z dnia 18 grudnia 2023 r. złożonego przez Wykonawcę Vital-Med sp. z o.o. zawierającego wyjaśnienia w zakresie ceny oferty i kalkulację ceny w ramach części 1 zamówienia (stanowiące odpowiedź na wezwanie ws. rażąco niskiej ceny), bowiem Wykonawca nie wykazał okoliczności uzasadniających tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający pismem z dnia 22 grudnia 2023 r. poinformował, że odmawia odtajnienia, bowiem w ocenie Zamawiającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wystarczające.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego okazały się zasadne, co skutkowało uwzględnieniem odwołania. Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, 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 ustawie Pzp.

Ponadto, zgodnie z 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.

Izba podkreśla, że zasada jawności to fundamentalna zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2), przy czym wykładnia tego przepisu powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zatem wyłączenie czy ograniczenie jawności postępowania przetargowego powinno być interpretowane zawężająco i rygorystycznie. Problem nieuprawnionego i niezasadnego zastrzegania przez wykonawców dokumentów ofertowych poprzez powołanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi istotny element systemu zamówień publicznych. Narzędzie to bowiem wielokrotnie jest wykorzystywane przez wykonawców jako sposób do uniemożliwienia innym uczestnikom postępowania zweryfikowania prawidłowości złożonych dokumentów. Takie działanie nie może być aprobowane. Realizacja zadań publicznych przejawiająca się m.in. w dysponowaniu środkami publicznymi, wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy i umożliwienia jak najpełniejszej weryfikacji składanych przez wykonawców oświadczeń i dokumentów.

Wskazać dalej należy, że w dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie UZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość

gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonej grupie osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajnienia wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

Należy również wskazać, że ustawodawca w art. 18 ust. 3 nałożył na wykonawcę zastrzegającego określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa obowiązek wykazania, iż spełnione są przesłanki uzasadniające takie zastrzeżenia. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 UZNK. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma wartość tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wystarcza zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. Wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiorem na każdą informację poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas powinien

przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurencji pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie wymaga wykazania określonej kwotowo wartości zastrzeżonej informacji, irrelevantne z punktu widzenia zasadności zastrzeżenia jest wykazania czy jej wartość jest wysoka czy niska. Istotne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.

Mając powyższe na uwadze, Izba wskazuje, że Przystępującego w treści uzasadnienia z dnia 18 grudnia 2023 r. nie wykazał przesłanek wynikających z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK koniecznych do uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Skuteczne zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wymaga wykazania, że spełnione są w danej sprawie dwa elementy materialny tj. zastrzeżone informacje mają obiektywną wartość gospodarczą oraz drugi element formalny tj. wola utajnienia danych informacji. W przedmiotowej sprawie, Przystępujący w uzasadnieniu wskazał na element formalny – tj. wolę utajnienia określonych informacji zawartych w/w dokumencie jako tajemnica przedsiębiorstwa, zaniechał jednakże wykazania elementu materialnego tj. obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Zdaniem Izby Przystępujący próbował wykazać obiektywną wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji wyłącznie w oparciu o własne subiektywne przekonanie, że takie informacje są wartościowe, bez jakiegokolwiek próby faktycznego wykazania jak zastrzeżone informacje mogą być wykorzystane w sposób nieuprawniony przez innego przedsiębiorcę ze szkodą dla Przystępującego. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że dążenie Przystępującego do ujawnienia treści wyjaśnień dotyczących wyceny przedmiotu zamówienia z uwagi na to, iż może to doprowadzić do utraty zamówienia z powodu nieprawidłowego zaniżenia kosztów jego realizacji nie stanowi obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji. Z istoty każdy z wykonawców jest zainteresowany ujawnianiem jak najmniejszej liczby faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć, że tajemnicą przedsiębiorstwa jest wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli), czyniłoby fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

Przystępujący w uzasadnieniu wskazuje, że wszelkie informacje dotyczące wynagrodzeń stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreśla, że sposób wyliczenia ceny stanowi informację o charakterze komercyjnym, technicznym i technologicznym. Informacje te pozwalają na skuteczną rynkową konkurencję z innymi wykonawcami działającym na rynku. W przypadku ich ujawnienia, wykonawca jest narażony na straty. Ujawnienie zaś polityki cenowej firmy może spowodować przejściem pracowników. Dodatkowe dane pracowników są chronione przez przepisy RODO.

Odnosząc się do powyższych stwierdzeń Przystępującego, Izba wskazuje, że nie została załączona do wyjaśnień żadna polityka wynagrodzeń, jaka jest stosowana w przedsiębiorstwie wykonawcy. To co wykonawca zawarł w wyjaśnieniach to wyliczenie kosztów realizacji konkretnego zamówienia, przy założeniach opisanych przez Zamawiającego w SWZ. Dalej Izba wskazuje, że Przystępujący sam oświadczył w złożonym dokumencie, że oferuje pracownikom minimalne stawki wynagrodzenia za pracę. Tym bardziej, brak jest jakichkolwiek argumentów do uznania, że zastrzeżone informacje można traktować jako politykę wynagrodzeń pracowników, której ujawnienie mogłoby być wykorzystane przez innych wykonawców. Izba zaznacza, że wycena kosztów pracy dla konkretnego postępowania jest dokonywana przez danego wykonawcę w oparciu o jego indywidualne uwarunkowania, jego sytuację finansową, relacje z pracownikami. Trudo zatem racjonalnie przyjąć za słuszne twierdzenia Przystępującego, że ujawnienie innym wykonawcom informacji o przyjętej przez Przystępującego wartości stawki godzinowej na potrzeby obliczenia kosztów realizacji tego konkretnego postępowania spowoduje, że wykonawca może ponieść jakieś bliżej określone straty. Ryzyko utraty pracowników jest ryzykiem immanentnie związanym z działalnością gospodarczą, a przede wszystkim z wolnością wyboru zatrudnienia przez pracowników. Jeśli stawki zaproponowane za wykonanie usługi w ramach przedmiotowego postępowania będą zbyt niskie dla pracowników, to jest indywidualną prawem każdego pracownika możliwość rezygnacji z pracy u Przystępującego i podjęcie zatrudnienia u innego pracodawcy. Nie ma żadnych podstaw, aby zatajać informacje dotyczące kosztów pracy w ramach konkretnego postępowania zasłaniając się argumentem o rzekomym ryzyku utraty pracownika. Przystępujący będąc pracodawcą ma szereg narzędzi, które może stosować w celu zapobiegania odpływowi pracowników i kształtowania w nich postawy osobistego związania z pracodawcą. Takimi narzędziami są atrakcyjny system wynagrodzeń, szkolenia, system awansu czy inne benefity. Żadnych takich okoliczności nie wskazał Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach. Nie załączył żadnej polityki takiej działalności w przedsiębiorstwie, na podstawie, której kształtowane byłoby wynagrodzenia za usługi wskazane w ramach przedmiotowego postępowania i której to ujawnienie mogłoby być rzeczywiście wykorzystane przez innego wykonawcę.

Dalej odnosząc się do argumentów Przystępującego, iż zastrzeżone informacje umożliwiają skuteczne konkurowanie

wykonawcy na rynku z innymi wykonawcami, Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Przystępującego, wykonawca ten upatruje możliwości skutecznego konkurowania na rynku w utajnieniach przez siebie treści wyjaśnień, tak aby inni wykonawcy nie mogli zweryfikować prawidłowości przyjętych przez niego założeń finansowych związanych z obliczeniem kosztów realizacji zamówienia. Przystępujący odwołując się do ogólnych haseł o skutecznym konkurowaniu na rynku pomija zupełnie, że podjął decyzję o konkurowaniu na rynku, którego funkcjonowanie jest określone przez przepisy ustawy Pzp. Przepisy te jednoznacznie stanowią, że postępowanie ma charakter jawny, a wyjątki od zasady jawności choć występują, zawsze należy stosować zawężająco. Przystępujący pomija, że przedmiotem zamówienia są standardowe usługi opiekuńcze. Trudno sobie wyobrazić jakie to nowoczesne technologiczne czy organizacyjne rozwiązania wdrożył Przystępujący w swoim przedsiębiorstwie, które wpływają na wycenę kosztów realizacji zamówienia i których ujawnienia mogłoby być wykorzystane przez innych wykonawców. Opis takich innowacyjnych rozwiązań Izba nie odnalazła w złożonym dokumencie. Zdaniem Izby, Przystępujący *de facto* dąży do uniemożliwienia innym wykonawcom zweryfikowania swojej oferty w obawie o utratę zamówienia. Taka motywacja stojąca u podstaw zastrzegania informacji nie zasługuje na ochronę. Nie stanowi ona również o obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Odnosząc się do przesłanki podjęcia środków w celu ochrony zastrzeżonych informacji, zdaniem Izby, po raz kolejny Przystępującego ogranicza się do powtórzenia ogólnych twierdzeń z orzecznictwa. Wykonawca powołuje się na to, że dostęp do informacji ma ograniczony dostęp osób. Jeśli tak rzeczywiście jest, to obowiązkiem wykonawcy było złożenie listy takich osób, wraz z ich oświadczeniem, że mają świadomość, że otrzymali informacje poufne i zobowiązani są do ich nieujawnienia. Takich dokumentów Przystępujący nie złożył. Dalej, wykonawca wskazuje na całodobową ochronę budynku, procedury wewnętrzne oraz klauzule umowne zobowiązujące wykonawcę do nieujawniania zastrzeżonych informacji. W tym zakresie, Izba wskazuje, że fakt całodobowego monitoringu, aczkolwiek jest narzędziem stosowanym powszechnie w obrocie gospodarczym w celu minimalizowania ryzyka dostępu osób nieuprawnionych do danego budynku, jednak związek takich zabezpieczeń z tajemnicą przedsiębiorstwa jest trudny do uchwycenia. Jeśli Przystępujący przechowuje dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa w formie papierowej w siedzibie swojego przedsiębiorstwa, to podjęcie środków ochrony takich dokumentów nie może się ograniczać do monitoringu całodobowego. Izba nie ma wiedzy jaki jest to rodzaj monitoringu i czy jest to monitoring pomieszczenia, gdzie przechowywane są dokumenty. Przystępujący nie wyjaśnił tych okoliczności. Jeśli zaś takie dokumenty przechowywane są w formie elektronicznej i rzeczywiście wykonawca podjął kroki w celu ich ochrony, to winien szczegółowo opisać takie czynności, przedstawić dowody. Ponownie Przystępujący nie zawarł takich informacji w wyjaśnieniach. Odnoszą się zaś do rzekomych ograniczeń narzuconych na wykonawcę w relacjach umownych, Przystępujący nie złożył w tym zakresie żadnych dowodów. Już tylko na tej podstawie argument należy uznać za gołosłowny i niepotwierdzający zasadności czynności Przystępującego.

Izba wielokrotnie wskazywała, że wycena kosztów pracy w konkretnym postępowaniu, na podstawie indywidualnych wymagań Zamawiającego wskazanych w SWZ, choć wymaga od wykonawcy przygotowania kalkulacji, to jednak bardzo rzadko będzie mogła być uznana za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Możliwość wykorzystania takich informacji poza ramy konkretnego postępowania, w innych postępowaniach, przez innych wykonawców jest bardzo ograniczona. Taką możliwość musi wykazać wykonawca zastrzegający określone informacje, dokumenty. Z pewnością w analizowanym stanie faktycznym, Przystępujący nie podał ciężącemu na nim ciężarowi dowodu w tym zakresie.

Izba podkreśla, że jawność postępowania przetargowego 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 dwoma konfliktującymi wartościami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i identyfikowane straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeżenie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy *de facto* ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę. Takie niewłaściwe rozumienie, zdaniem Izby, tajemnicy przedsiębiorstwa zostało przedstawione przez Przystępującego w treści dokumentu z dnia 18 grudnia 2023 r. W konsekwencji, Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie w całości wyjaśnień Przystępującego z dnia 18 grudnia 2023 r.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

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

Przewodniczący