sygn. akt: **KIO 2774/23**

WYROK

z 5 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2023 r. przez wykonawcę **Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o., ul. Obywatelska 201; 94-111 Łódź,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Akademia Mazowiecka w Płocku,**

Pl. Dąbrowskiego 2; 09-402 Płock,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Security Solutions sp. z o.o., Impel Safety sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o., Impel Technical Security sp. z o.o., ITM Poland S.A., ul Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Solutions sp. z o.o., Impel Safety sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o., Impel Technical Security sp. z o.o., ITM Poland S.A., ul. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław, udostępnienie odwołującemu: pełnej treści wyjaśnień ww. wykonawcy**
   z 6 września 2023 roku, wraz z: dowodem nr 1 - w całości, dowodem nr 2 -
   z anonimizacją osób wystawiających wnioski, dowodem nr 3.1. - z anonimizacją sprzedawcy (wystawcy faktury) oraz osoby uprawnionej do wystawienia faktury, dowodem nr 3.2. - z anonimizacją firmy składającej oświadczenie, dowodem nr 4 -
   w całości, dowodem nr 5 – w całości.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Akademię Mazowiecką w Płocku,**
   Pl. Dąbrowskiego 2; 09-402 Płock i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Agencję Ochrony Eskort sp. z o.o., ul. Obywatelska 201; 94-111 Łódź,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego **Akademii Mazowieckiej w Płocku, Pl. Dąbrowskiego 2; 09-402 Płock**na rzecz wykonawcy **Agencji Ochrony Eskort sp. z o.o.,**
   ul. Obywatelska 201; 94-111 Łódź kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione
   z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie**.**

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 2774/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Akademia Mazowiecka w Płocku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Świadczenie usługi ochrony w Akademii Mazowieckiej w Płocku”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. pod nr 2023/S 142-453233.

15 września 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

20 września 2023 roku, wykonawca Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą

w Łodzi (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postaci:

1)wyboru jak najkorzystniejszej oferty Impel Security Solutions Sp. z o.o., Impel Safety Sp.
z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Technical Security Sp. z o.o., ITM Poland S.A. (dalej Konsorcjum),

2)zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych oraz załączników do wniosku

o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z przepisem art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny złożonych w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, polegającą w szczególności na:

a) przyjęciu, że wyjaśnienia te podlegają utajnieniu pomimo tego, że wykonawca nie wykazał, że zastrzegane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa,
b) nieuzasadnionym utajnieniu tych dokumentów i wyliczeń i w konsekwencji zaniechanie ujawnienia informacji bezskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum dotyczących rażąco niskiej ceny oraz załącznikach do wyjaśnień ceny.
c) nieuzasadnionym utajnieniu i nieudostępnieniu odwołującemu załączników (wyciąg z polityki bezpieczeństwa, wzory oświadczeń, wzory umów o zachowaniu poufności) do wniosku o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości,
2)nakazanie zamawiającemu odtajnienie całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wszystkich dowodów oraz wyliczeń do nich dołączonych, a także odtajnienie załączników do wniosku o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa,
3)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej,
4)nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,
5)uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji złożonych przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień ceny w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oraz załączników do wniosku o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.
6)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa wg. norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów przez zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności i zaniechań zamawiającego jest bowiem pozbawienie odwołującego możliwości realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy odwołujący zgłosił ofertę w sposób prawidłowy, która stanowi ofertę najkorzystniejszą dla zamawiającego z ceną gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Gdyby nie naruszenia zamawiającego oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ ujawnienie wyjaśnień ceny umożliwiłoby wykazanie przez odwołującego, że cena zaoferowana przez Konsorcjum jest rażąco niska. Jedynie oferta Konsorcjum była korzystniejsza od oferty odwołującego. Zgodnie z przepisami ustawy zamawiający powinien był odtajnić wyjaśnienia Konsorcjum, umożliwić odniesienie się przez odwołującego do treści wyjaśnień, rozważyć kwestią odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej rażącą niską cenę (po zapoznaniu się ze stanowiskiem odwołującego w zakresie wyjaśnień Konsorcjum) oraz wybrać jako najkorzystniejszą ofertę odwołującego. Brak znajomości dokumentów złożonych przez wykonawcę w ramach procedury badania poziomu ceny, uniemożliwia wykonawcy sformułowanie zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego dotyczących ceny oferty. Dopiero w przypadku, gdy zamawiający udostępni odwołującemu się wykonawcy żądane dokumenty, możliwe będzie skonstruowanie zarzutów względem zamawiającego w zakresie prawidłowości wyboru oferty w związku z ceną zaoferowaną przez wybranego wykonawcę.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Wykonawca w toku ubiegania się o zamówienie publiczne może zastrzec informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa po wykazaniu, że te informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej ZNKU). Zamawiający powinien zbadać czy w konkretnej w sprawie wystąpiły przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (uchwała SN z 21 października 2005 r., III CZP 74/05). W przedmiotowej sprawie takie badanie nie miało miejsca. Wyjaśnienia Konsorcjum (dalej wykonawca) są ogólnikowe i lakoniczne i tym samym należy uznać, że wykonawca nie wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Okoliczności wskazane w oświadczeniach powinny zostać wykazane dowodami. Jednakże wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających zasadność zastrzeżenia wskazanych w wyjaśnieniach informacji. Wykonawca nie wykazał, że do zachowania objętych przez niego tajemnicą danych zobowiązani zostali pracownicy i kontrahenci wykonawcy np. przez odpowiednie klauzule poufności lub regulaminy. Również na tą okoliczność wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów. Przedstawiono jedynie wzory dokumentów. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno odnosić się do konkretnych faktów i działań oraz zawierać wskazanie

czynności podjętych przez wykonawcę w celu zachowania poufności informacji. Wykonawca powinien więc wykazać, że informacja ma charakter poufny i, że wykonawca strzeże tej informacji. Nie można uznać poufności informacji na podstawie ogólnikowych stwierdzeń i sloganów (wyrok KIO z 22 lipca 2014 r., KO 1384/14). W związku z powyższym informacje wskazane przez wykonawcę powinny były zostać udostępnione pozostałym wykonawcom. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 2 ZNKU przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zamawiający powinien więc zweryfikować czy w/w informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa co w przedmiotowej sprawie nie nastąpiło. Należy więc zauważyć,
że w przedmiotowej sprawie zastrzeżenie informacji i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę doprowadziło do utrudnienia podmiotom konkurencyjnym weryfikacji ofert wykonawcy (wyrok KIO z 27 grudnia 2012 r., KIO 2710/12). Zasadą postępowania o udzielenie zamówień publicznych jest jawność postępowań i składanych dokumentów. Wszelkie odstępstwa od tej zasady należy interpretować zawężająco, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na podmiocie zastrzegającym tajemnicę. Ograniczenie jawności postępowania może mieć miejsce jedynie w ściśle określonych wyjątkowych sytuacjach. W związku
z powyższym nie było podstaw do odmowy udostępnienia odwołującemu przez zamawiającego wyjaśnień co do ceny składanych przez wykonawcę. W związku z odmową
w przedmiotowym postępowaniu nie było bowiem możliwości weryfikacji oferty wykonawcy co uzasadnia uwzględnienie odwołania (wyrok KIO z 25 października 2019 r., KIO 2033/19).
Wniosek wykonawcy o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma bardzo ogólny charakter – brak konkretnego odniesienia się do utajnionych fragmentów z wyjaśnień ceny. Brak uzasadnienia, dlaczego określone fragmenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
W doktrynie i orzecznictwie spotyka się również następujący pogląd: Kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale pod warunkiem, że ma ona unikalny, autorski charakter i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii (wyrok z 13 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 843/22).
W ocenie odwołującego, Konsorcjum nie sprostało w rozpatrywanym stanie faktycznym obowiązkowi wykazania, że przedłożone przez niego dokumenty faktycznie takim unikalnym charakterem się wyróżniają. Brak jest próby ze strony Konsorcjum wykazania, dlaczego informacje te są szczególnie wrażliwe i w jaki sposób mogłyby wpłynąć na jego pozycję konkurencyjną. W tym miejscu należy bowiem wskazać, że kalkulacja kosztów świadczenia usług ochrony w znacznej części dotyczy kosztów wynagrodzeń. Jedynie niewielką część stanowią np. koszty umundurowania, koszty administracyjne. Nie można uznać, że wyliczenie wynagrodzenia pracownika ochrony może wyróżniać się unikalnym charakterem. Wskazane wyliczenie jest wynikiem prostych i standardowych działań matematycznych. Wysokość wynagrodzenia wynika z przepisów podatkowych, prawa pracy oraz praw ubezpieczeń społecznych. Należy więc uznać, że każda firma ochroniarska kalkuluje wynagrodzenie w taki sam sposób, a różnice w kalkulacjach są niewielkie. Kalkulacja Konsorcjum w żaden sposób nie wyróżnia się w odniesieniu do kalkulacji innych firm ochroniarskich. Konsorcjum
w wyjaśnieniach ceny powołuje się na zatrudnianie pracowników niepełnosprawnych. Prawdopodobne jest więc, że znaczna część obniżenia kosztów Konsorcjum (wyjaśnienia ceny) wynika z założenia uzyskiwania dofinansowań na pracowników niepełnosprawnych
z PFRON. Jednakże uzyskiwanie takich dofinansowań jest powszechne w branży ochroniarskiej co powoduje, że kalkulacja Konsorcjum jest standardową kalkulacją i tym samym nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Świadczona usługa w żaden sposób nie ma innowacyjnego charakteru i tym samym kalkulacja ceny nie zawiera unikalnych rozwiązań. Wykonawca nie wykazał powyższego.
Wykonawca nie odniósł się w sposób zindywidualizowany do wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów i informacji. Stwierdzić należy, iż wykonawcy ubiegający się
o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza, że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające.
Kalkulacja ceny dla innych podmiotów, poza czysto poznawczym charakterem tej kalkulacji, nie musi przedstawiać jakiejkolwiek wartości gospodarczej. Wiedza w tym zakresie nie musi bowiem niwelować jakichkolwiek przewag konkurencyjnych, czy tym bardziej budować takich przewag po stronie innych podmiotów. W przypadku, gdy jest inaczej wykonawca powinien takie okoliczności wykazać (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, Wydział XXIII Gospodarczy Odwoławczy z 24 lutego 2022 r., XXIII Zs 133/21).

Bezpodstawne było też utajnienie załączników do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tego typu zastrzeżenie jest w świetle orzecznictwa niedopuszczalne. Samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów (wyrok KIO 2498/18 z 17 grudnia 2018 r.). W innym wyroku, KIO 2314/18 z 23 listopada 2018 r., Izba orzekła jeszcze bardziej dosadnie: „Uznaje się zastrzeganie wyjaśnień podstaw dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za szczególnie naganne. Jest to działanie ograniczające jawność postępowania o udzielenie zamówienia oraz możliwość kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym".

Pomimo powyższego odwołującemu nie udostępniono dowodów załączonych do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (wymieniono np. politykę bezpieczeństwa, wzory umów o zachowaniu poufności). Odwołujący nie ma więc możliwości weryfikacji wskazanych dokumentów oraz dalszej oceny zastrzeżeń. W szczególności bez znajomości wskazanych dokumentów nie jest możliwe ustalenie jakie informacje Konsorcjum uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uniemożliwi więc kontrolę czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie ma nawet możliwości oceny czy do zastrzeżenia zostały dołączone wskazane dowody. Niedołączenie wskazanych dowodów potwierdzałoby, że wykonawca nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W treści wyjaśnień wskazano, że jednym z dowodów uzasadniającym cenę jest informacja o przeciętnym zatrudnieniu w Konsorcjum osób niepełnosprawnych. W tym miejscu należy wskazać, że zatrudnianie osób niepełnosprawnych w celu optymalizacji kosztów (dofinansowanie z PFRON) jest powszechne w branży ochrony. Informacja o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych nie może więc stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Prawdopodobne jest, że znaczna część obniżenia kosztów Konsorcjum wskazana w wyjaśnieniach ceny wynika ze wskazania na zatrudnianie pracowników niepełnosprawnych. Jednakże w tym zakresie oczywiste jest, że wskazane informacje nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe wynika z powszechności uzyskiwania przez pracodawców (firm ochroniarskich) dofinansowania PFRON. Nie było też podstaw do utajnienia całej kalkulacji. Zasadne byłoby jedynie utajnienie poszczególnych elementów w ten sposób, żeby weryfikacja prawidłowości wyjaśnień była możliwa. W wyjaśnieniach ceny Konsorcjum wskazuje, że zatrudnia pracowników niepełnosprawnych (na których przysługuje dofinansowanie z PFRON – optymalizacja kosztów), którzy są jednocześnie kwalifikowanymi pracownikami ochrony. W art. 26 ust. 3 pkt 7 ustawy o ochronie osób i mienia wskazano, że na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej wpisuje się osobę, która posiada zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania zadań, stwierdzoną orzeczeniami lekarskim i psychologicznym, których ważność nie upłynęła. Ponadto zgodnie z art. 32 ustawy o ochronie osób i mienia w/w badania są weryfikowane co 3 lata, a także po każdym okresie niezdolności do pracy spowodowanej chorobą trwającą dłużej niż 6 miesięcy. Zakres w/w badań określa rozporządzenie MZ w sprawie badań lekarskich i psychologicznych osób ubiegających się o wpis lub posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Zakres wskazanych badań wynikający z rozporządzenia jest bardzo szeroki. Przykładowo badanie obejmuje ogólne badanie stanu zdrowia, w tym ocenę narządu słuchu i równowagi, układu krążenia, układu ruchu i układu nerwowego oraz specjalistyczne badania okulistyczne. Celem badania jest ocena czy dana osoba posiada zdolność fizyczną i psychiczną. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia kwalifikowani pracownicy ochrony wykonują czynności w ramach specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych oraz wchodzą w skład zespołów konwojujących wartości pieniężne oraz inne przedmioty wartościowe lub niebezpieczne. Z powyższego wynika więc, że uzyskanie przez pracownika niepełnosprawnego badań uprawniających do wpisu na listę kwalifikowanych pracowników jest sytuacją wyjątkową. Natomiast z wyjaśnień ceny wynika, że wszyscy zatrudnieni kwalifikowani pracownicy ochrony mają orzeczenia o niepełnosprawności. Powyższe świadczy więc o tym, że wykonawca utajnił kalkulacje ceny w celu uniemożliwienia weryfikacji możliwości realizacji usługi za cenę wskazaną w ofercie. Jednakże kwestia zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych (powszechne w branży ochroniarskiej) nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien więc wykazać zatrudnienie pracowników niepełnosprawnych, którzy jednocześnie są kwalifikowanymi pracownikami ochrony (mało prawdopodobne założenie). Wykonawca powinien przedstawić np. wpisy na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, zaświadczenia o niepełnosprawności. Jednakże wykonawca przedstawił jedynie informacje o średnim stanie zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych. Utajnienie kalkulacji nie będącej tajemnicą przedsiębiorstwa uniemożliwiło więc weryfikacje rzetelności ceny z oferty wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum nie wykazało, że podjęło działania mające na celu zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności:

1. Konsorcjum wskazuje, że wprowadziło systemy monitorowania komputerów. Brak dowodów potwierdzających powyższe.

2. Konsorcjum wskazuje, że zabezpiecza nośniki informacji utajnionych. Brak dowodów potwierdzających powyższe.
3. Wprowadzenie regulacji potwierdzających zasady bezpieczeństwa informacji. Brak dowodów potwierdzających powyższe.
4. Konsorcjum wskazuje, że zawiera umowo o poufności z pracownikami i kontrahentami. Jednakże w zastrzeżeniu Konsorcjum wskazuje, że nie dołącza umów o zachowaniu poufności, lecz jedynie wzory umów. Należy więc uznać, że Konsorcjum nie wykazało, że takie umowy są faktycznie zawierane. Powoływaniu się na wzory umów może świadczyć o ich przygotowaniu dla celów niniejszego postępowania. Jednakże Konsorcjum powinno było wykazać, że takie umowy były faktycznie zawierane. Powyższe uwagi dotyczą także wzoru oświadczenia osoby tworzącej zespół ofertujący. Jeśli osoba z zespołu ofertującego składała takie oświadczenie należy uznać, że wykonawca powinien był takie oświadczenie przedstawić. Przedstawienie wzoru zamiast oświadczenia świadczy o braku składania takich oświadczeń.
5. Konsorcjum powołuje się na wdrożenie normy ISO 27001. Brak dowodów potwierdzających powyższe.
Niezależnie od powyższego należy wskazać, że Konsorcjum nie przedstawiło jakichkolwiek dokumentów potwierdzających, że traktuje wyjaśnienia ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa.
Wskazane przez wykonawcę dokumenty nie dotyczą kalkulacji cen i ofert.
Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.
W wyjaśnieniach Konsorcjum Impel zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa m.in. informacje dotyczące liczby osób (pracowników) skierowanych do realizacji zamówienia, czasu pracy osób (pracowników) skierowanych do realizacji zamówienia, kosztów pracy godzinowych jednego pracownika, dotyczące wykorzystywanych przez wykonawcę materiałów w postaci środków czystości itd. wykorzystywanych do realizacji zamówienia. Przystępujący podał w wyjaśnieniach m.in. wyliczenia dotyczące wydajności przypadającej na jeden etat oraz określił sposób organizacji pracy, który pozwala na osiągnięcie przyjętej pracochłonności.
W ocenie zamawiającego nie doszło do naruszenia przepisów art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp. Przepis art. 18 Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z powołanego przepisu jednoznacznie wynika, iż to zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami ustawy Pzp, w tym m.in zasadę jawności postępowania. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to na zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady.
Artykuł 18 ust. 2 Pzp zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie. Taką sytuację przewiduje ust. 3 powołanego artykułu. Na mocy tej regulacji ustawodawca zakazał zamawiającemu udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustaw z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o ile wykonawca wraz z przekazaniem takiej informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie,
że informacje te nie mogą być udostępnione winno być zawarte nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Po stronie zamawiającego spoczywa obowiązek określenia czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający samodzielnie dokonuje oceny czy zachodzą przesłanki uzasadniające ograniczenie jawności. W przypadku stwierdzenia,
że zastrzeżenia tajemnicy informacji jest bezpodstawne, zamawiający ma obowiązek odtajnić te informacje i udostępnić jako informacje jawne, informując o tym wykonawcę.
Tajemnica przedsiębiorstwa została zdefiniowana w art 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołany przepis stanowi: 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. Jak wskazał Sąd Najwyższy
w stanowisku wyrażonym w wyroku z 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 302/00 informacje techniczne i technologiczne dotyczą sposobu wytwarzania wyrobu i stosowania (np.: formuł chemicznych, wzorów i metod działania). Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa,
a niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Odnośnie definicji danych nieujawnionych do wiadomości publicznej, to informacje nieznane ogółowi, co do których przedsiębiorca podjął celowe czynności zapobiegające ich

rozpowszechnianiu. Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter organizacyjny, jeśli stanowi element całokształtu, doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa.
W ocenie doktryny informacje technologiczne, techniczne i organizacyjne przedsiębiorstwa powinny być rozumiane szeroko. Mianowicie, powinny być rozumiane, również jako wiadomości dotyczące sposobu produkcji, planów technicznych, metod kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, jak też informacje związane z działalności marketingową, z pozyskiwaniem surowców, organizowaniem rynków zbytu czy informacji odnoszącej się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzenia pracowników. Do tajemnicy przedsiębiorstwa zalicza się również tzw. poufne *know-how*, w tym zarówno *know-how* produkcyjne, jak i *know-how* handlowe. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej. Powyższe oznacza, że taka informacja nie może być znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane wejściem w jej posiadanie. Podkreślić w tym miejscu należy, iż na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych, a nie jedynie poszczególne elementy. Słusznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 13 lutego 2014 roku w sprawie o sygnaturze V CSK 176/13 Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje
o odebraniu wiadomości o produkcie przymiotu poufności.
Wobec powyższego, nie budzi wątpliwości fakt, że zamawiający nie ma obowiązku ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko z tego względu, że konkurujący wykonawca mógł zweryfikować te informacje pod kątem ewentualnego postanowienia zarzutów wobec danej oferty.
Odwołujący zarzucił w odwołaniu, nieuzasadnione utajnienie dokumentów i wyliczeń
i w konsekwencji zaniechanie ujawnienia informacji bezskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum dotyczących rażąco niskiej ceny oraz załącznikach do wyjaśnień ceny. W ocenie zamawiającego zarzuty odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Polityka wynagrodzeń, podobnie jak i polityka kadrowa w przedsiębiorstwie, stanowią taki obszar działalności, który może być objęty ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie ma zapisów ustawowych, które stanowiłyby
o wyłączeniach w tym zakresie. Podkreślić należy, że zastrzeżone przez przystępującego informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczą kalkulacji cen jednostkowych w zakresie usług dodatkowych objętych przedmiotem zamówienia tj.: organizacja pracy, ceny zakupu sprzętu i wyposażenie niezbędnego do realizacji usługi, ceny zakupu i prania umundurowania. W odniesieniu, do których zamawiający w SWZ nie określał żadnych warunków osobowych, sprzętowych lub materiałowych. Do wykonawców należało skalkulowanie tej usługi wyłącznie na podstawie własnego doświadczenia, a nie na podstawie konkretnych wymagań zamawiającego. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedłożone przez przystępującego dotyczą kalkulacji cen jednostkowych oferty zawierających szczegółowe informacje, które posiadają wartość gospodarczą, a tym samym w ocenie zamawiającego podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje obejmują szczegółowe wyjaśnienie kosztów wynagrodzeń pracowników, przedstawienie konkretnych danych dotyczących sposobu zatrudnienia określonej grupy pracowników oraz kwestii związanych z obniżeniem kosztów, a także zysku wykonawcy. Sposób kalkulacji ceny przedstawiony przez przystępującego, w zakresie kosztów poszczególnych składników cenotwórczych, w ocenie zamawiającego należy zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Kalkulacja, o której mowa, pokazuje
w sposób precyzyjny kalkulację oferty. Nie ulega wątpliwości, iż dane przyjęte przez przystępującego do kalkulacji cen jednostkowych nie są powszechnie dostępne dla konkurujących wykonawców i nie są możliwe do ustalenia.
Odwołujący twierdząc, że tak nie jest, nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów,
a nawet nie uprawdopodobnił swoich twierdzeń.
Zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez przystępującego na żądanie zamawiającego w celu wykazania, czy cena oferty jest rażąco niska należy uznać jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zatem mogą być te informacje przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami. Również przed podmiotami uczestniczącymi w przetargu. Metoda kalkulacji ceny jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez przystępującego powstały na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Sposób budowania strategii cenowej w zakresie oferty i elementy składowe tej strategii (kosztorys i struktura zatrudnienia), w ocenie zamawiającego, spełniają przesłanki uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią *know-how* przedsiębiorstwa. Posiadają wartość handlową i gospodarczą. Przedstawiają bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która to kalkulacja pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.
W ocenie zamawiającego ujawnienie tych informacji, na gruncie przedmiotowego postępowania mogłoby wywołać negatywne konsekwencje dla przystępującego, bowiem podmiot konkurencyjny mógłby osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem szczegółów dotyczących rozwiązania jakie przyjął przystępujący w swojej ofercie. Pomimo tego,

że informacja zawarta w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny odnosi się do konkretnego postępowania, to może być wykorzystana przez konkurencję, która w innych przetargach będzie mogła przewidzieć przez przystępującego pracochłonność czynności cechujących się dość powtarzalnym charakterem.
Zamawiający, po dokonaniu analizy wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, nie ma żadnych wątpliwości, że sposób organizacji realizacji usług oraz wynikająca z tego wydajność realizacji zadań, ma charakter organizacyjny i posiada wartość gospodarczą. Fakt,
iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny składane są jednorazowo w toku postępowania, to nie dyskwalifikuje wartości gospodarczej tych informacji. Wynika to z tego, że powyższe informacje stanowią odzwierciedlenie zdolności wykonawcy i umiejętności odpowiedzi przedsiębiorstwa na konkretne wymagania postawione w danym postępowaniu,
w szczególności poprzez umiejętne dostosowanie do warunków danego, konkretnego zamówienia swoich zasobów, m.in.: personalnych, organizacyjnych i innych. Podkreślenia wymaga fakt, iż to właśnie zdolność optymalizacji wykorzystania zasobów przedsiębiorstwa
w określonych warunkach prowadzi do osiągnięcia celu w postaci uzyskania wyniku finansowego z prowadzonej działalności z danego zamówienia.
Informacje zastrzeżone przez przystępującego zostały wytworzone jako zbiór indywidualnie określonych informacji dla potrzeb przedmiotowego zamówienia, a zatem odniesienie tych informacji do warunków zamówienia Akademii Mazowieckiej w Płocku pozwala na poznanie, w jaki sposób dany wykonawca zaplanował zorganizowanie, wykonanie usługi oraz w jaki sposób skalkulował realizację zamówienia. Niewątpliwie są to dane istotne z punktu widzenia konkurencyjności danego wykonawcy na rynku. Zarówno w zakresie kosztów pracy jak
i innych wydatków koniecznych do realizacji zamówienia w niniejszym postępowaniu - ich indywidualne zestawienie w tym postępowaniu niesie ze sobą adekwatną wartość gospodarczą.
Podkreślić należy, że kalkulacja przedstawiona przez przystępującego nie jest tylko wskazaniem kosztów, zysku oraz innych wartości wyrażonych liczbowo. Przedstawioną przez przystępującego kalkulację można odkodować tylko za pomocą specjalistycznej wiedzy i w ten sposób pozyskać istotne informacje dotyczące danego przedsiębiorstwa pozwalając na osłabienie pozycji tego przeciwnika na rynku.
Zatem, w ocenie zamawiającego, zarzuty podniesione przez odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Nie doszło również do naruszenia w postępowaniu art. 18 ust. 3 Pzp
w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie ujawnienia informacji tj. treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego oraz uznanie, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełnia przesłanek uznania ich za chronione tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazanych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołane przepisy wskazują, iż dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa koniecznym jest wykazanie przez wykonawcę, że łącznie ziściły się przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk.
W ocenie zamawiającego przystępujący wykazał wszystkie przesłanki określone w powołanym artykule. Treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawiona przez przystępującego wraz z zastrzeżeniem skutkowała uznaniem zastrzeżenia za skuteczne. Tym samym, nie zachodziły jakiekolwiek okoliczności, które uzasadniałyby dokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez przystępującego nie jest ogólne, wskazuje na konkretną wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Przedstawione przez przystępującego uzasadnienia zawierają kluczowe elementy wymagane dla skuteczności zastrzeżenia.
W ocenie zamawiającego przedstawiona przez odwołującego argumentacja w zakresie tego zarzutu ma charakter wyłącznie hasłowy i tendencyjny. Twierdzenia odwołującego, iż cały zbiór informacji z uwagi na swoją ogólnikowość i lakoniczność nie stanowią żadnej wartości poznawczej dla osób trzecich są całkowicie bezpodstawne i nieuzasadnione. Wbrew twierdzeniom odwołującego, na podstawie zbioru informacji zawartego w złożonym przez przystępującego wyjaśnieniach, łatwo jest powziąć informację i wyciągnąć wnioski na temat sposobu funkcjonowania przedsiębiorstw przystępującego oraz jego strategii cenowej. Ujawnienie tych informacji na jakimkolwiek etapie postępowania może narazić tego przedsiębiorcę na szkodę, jeśli dostaną się one do podmiotów konkurencyjnych na tym samym rynku.
W ocenie zamawiającego, przystępujący uzasadnił podstawy do zastrzeżenia powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób rzeczowy i wiarygodny. Przystępujący wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że podjął niezbędne czynności w celu zachowania ich poufności. Przystępujący wykazał, że informacje zawarte
w wyjaśnieniach i załącznikach do wyjaśnień nie są znane ogółowi zainteresowanych osób oraz nie mogą zostać uzyskane przez podmiot zainteresowany w zwykłej, dozwolonej prawem drodze, a w szczególności osobom i podmiotom, które ze względu na wykonywaną działalność gospodarczą są zainteresowane ich posiadaniem. Tego rodzaju przesłanki niewątpliwie stanowią istotę uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący omówił

zatem w uzasadnieniu zastrzeżenia wszystkie elementy, które powinny charakteryzować tajemnicę przedsiębiorstwa. Podał, że są to informację nieujawnione do wiadomości publicznej, co do których podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Ograniczył ich dostępność do wąskiego grona swoich pracowników. Ponadto podejmuje działania związane z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa poprzez wprowadzenie polityki bezpieczeństwa, oświadczeń o zachowaniu poufności oraz podpisywaniu umów o zakazie konkurencji (zarówno z pracownikami, jak i z innymi kontrahentami). Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek argumentów, z których wynikałoby, ażeby byłyby to informacje nieprawdziwe bądź aby rzeczone działania były zbędnymi dla zachowania poufności informacji. Przystępujący wskazał, że zastrzeżone informacje stanowią informacje gospodarcze
i organizacyjne, których ujawnienie zagraża interesom przystępującego, gdyż daje możliwości ich wykorzystania w celu zachowania pozycji rynkowej. Powyższe zdecydowało o podjęciu przez przystępującego działań zmierzających do zachowania ich poufnego charakteru.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w całości podziela argumentację odwołującego.

Przepisy ustawy Pzp regulujące jawność postępowania oraz możliwe tryby wyłączenia jawności postępowania zostały unormowane w art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Z kolei w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp, Ustawodawca podał zakres informacji, który nie może podlegać zastrzeżeniu, tj. Zamawiający, niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o:

1) nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte;
2) cenach lub kosztach zawartych w ofertach.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z 25 listopada 2020 r., KIO 2831/20, KIO 2869/20 (wydanego jeszcze na poprzednim stanie prawnym, ale znajdującym swoje stosowne odniesienie w aktualnie obowiązujących przepisach), „Zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp, wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Zgodnie natomiast z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Oznacza to, że w postępowaniu nie może zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa zaoferowana cena. Skoro zatem cena w danym postępowaniu nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa (zgodnie z dyspozycją powyżej zacytowanego artykułu), to również kalkulacja tej ceny nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Trudno uznać, aby sama kalkulacja, która obejmuje wycenę poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu, mogła zawierać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Oceniając złożone przez przystępującego wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej
w odniesieniu do ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę (rnc), w kontekście zasadności zastrzeżenia Tajemnicą Przedsiębiorstwa (TP) podawanych w wyjaśnieniach określonych treści oraz dowodów, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia TP złożonych wyjaśnień oraz dowodów.

Zastrzeganie przez wykonawców TP wyjaśnień dot. rnc stanowi bardzo częstą praktykę na rynku zamówień publicznych. Wskazać należy, iż aby wykonawca mógł skutecznie dokonać takiego zastrzeżenia ma obowiązek wykazania zamawiającemu, iż przekazywane informacje stanowią na tyle istotny element działalności przedsiębiorstwa, które deprecjonuje prawo do upublicznienia takich informacji szerszemu gronu wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się dedykowanymi temu postępowaniu okolicznościami, które każdorazowo, w przypadku badania takiego zastrzeżenia TP musi być oceniane indywidualnie. Inne bowiem fakty i okoliczności będą miały miejsce w zamówieniu na np. opracowanie konkretnego systemu informatycznego, czy robót budowlanych w systemie projektuj i buduj, gdzie inwencja twórcza wykonawcy oparta na konkretne, zindywidualizowane przesłanki związane z posiadanym know-how wykonawcy zasługiwać może na ochronę TP. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z prostą usługą ochrony, w odniesieniu do której zamawiający w sposób jednoznaczny opisał warunki jej realizacji, ze wskazaniem określonego potencjału osobnego, godzin świadczenia usługi itp. Z kolei wykonawcy mieli za zadanie podanie określonego personelu przeznaczonego do świadczenia rzeczonej usługi oraz odpowiednio dokonanie wyceny związanej ze świadczeniem tej usługi (cena ofertowa).

Utożsamianie obiektywnej wartości gospodarczej z możliwością utraty zamówienia z powodu zakwestionowania przez innych wykonawców poprawności wyceny przedmiotu zamówienia nie stanowi obiektywnej wartości gospodarczej podlegającej ochronie. Gdyby tak szeroko rozumieć zakres ochrony wynikający z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to narzędzie to służyłoby wykonawcom do uniemożliwienia innym podmiotom weryfikacji ich rzetelności, co byłoby nieuprawnione, szczególne w świetle zasad wynikających z art. 18 Prawa zamówień publicznych. Nie mogą stanowić dowodu na wykazanie obiektywnej wartości gospodarczej twierdzenia, że poznanie zasad, według których wykonawca kalkulował ceny za realizację poszczególnych elementów wskazanych w tabelach złożonych przez wykonawcę stanowiących rozbicie cen ryczałtowych w wykazie płatności naraża go na ryzyko utraty pozycji rynkowej, gdyż inni wykonawcy poznają w jego strategię cenotwórczą. Są to ogólne twierdzenia wykonawcy nieuzasadniające uznania wyliczeń zawartych w tabelach za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Niewątpliwie opierając się na informacjach zawartych w SWZ, wykonawca dokonał określonych szacunków kosztów realizacji zamówienia, zaś ich finalna kwota znalazła odzwierciedlenie w globalnej cenie za realizację zamówienia (vide: wyrok KIO z 17 stycznia 2022 r., KIO 3762/21).

Tym samym uznać należało, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, w tym załączone do tych wyjaśnień dowody (z odpowiednim ich ograniczeniem wynikającym z sentencji orzeczenia) w kontekście powoływanej przez przystępującego argumentacji, popieranej przez zamawiającego, nie mogły stanowić wystarczającego uzasadnienia, że przystępujący wykazał zasadność zastrzeżenia TP podawanych tam informacji.

Zdaniem Izby kalkulacja ceny ofertowej, to podstawowy dokument służący wykazaniu prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, która *nota bene* jest jawna. Ustalenia w zakresie sposobu realizacji zamówienia związane z udziałem określonej grupy pracowników

z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, czy też współpraca przystępującego z członkami grupy kapitałowej (informacje o grupie kapitałowej są powszechnie dostępne) nie stanowią jakiegoś wyjątkowego zbioru informacji, który zasługiwałby na ochronę TP.

Zamawiający powołuje się na orzecznictwo, w którym wskazano, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią receptury chemiczne, wzory chemiczne dotyczące wytwarzania produktu, plany techniczne, metody kontroli jakości, wzory użytkowe, wynalazki, *know-how*, informacje dotyczące urządzeń. W przedmiotowej sprawie nie utajniono tego typu informacji. Przystępujący nie wskazał w wyjaśnieniach ceny jakiegokolwiek *know-how*, tj. unikalnych działań, które są stosowane jedynie przez tego wykonawcę. Ze specyfikacji warunków zamówienia wynikają takie kwestie jak ilość osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, ilość posterunków, wymóg zatrudnienia na umowę o pracę, liczba godzin świadczenia usług. Wskazane elementy nie mogę więc stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i podlegać utajnieniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odwołuje się kosztów prania, zakupu sprzętu

i umundurowania jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże wskazane kwestie mają marginalne znaczenie w zakresie wyliczenia całości ceny. Przystępujący, w wyjaśnieniach ceny, powołuje się na zatrudnianie pracowników niepełnosprawnych, co mogłoby oznaczać, że znaczna część obniżenia kosztów wynika z założenia uzyskiwania dofinansowań na pracowników niepełnosprawnych z PFRON. Jednakże uzyskiwanie takich dofinansowań jest powszechne w branży ochroniarskiej co powoduje, że kalkulacja przystępującego jest standardową kalkulacją i tym samym nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Świadczona usługa w żaden sposób nie ma innowacyjnego charakteru i tym samym kalkulacja ceny nie zawiera unikalnych rozwiązań. Przystępujący nie wykazał powyższego.

Krajowa Izba Odwoławcza nie nakazała zamawiającemu ujawnienia dowodów opisanych pod numerami od 6 do 9 do złożonych wyjaśnień. Należy wskazać, że są to informacje przekazane zamawiającemu w celu wykazania, że

przystępujący podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania w poufności innych informacji zawartych
w wyjaśnieniach wyliczenia ceny z 6 września 2023 roku. Żaden z tych dowodów nie stanowi informacji w zakresie wyliczenia ceny oferty przystępującego złożonej w postępowaniu.
W konsekwencji, nieudostępnienie tych dowodów, nie stanowi przeszkody do możliwości wniesienia skutecznego odwołania na czynności i zaniechania zamawiającego związanych
z badaniem ceny ofertowej przystępującego, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej
w postępowaniu.
W związku z powyższym nie zachodzi konieczność wyważenia poufności, o której mowa
w art. 21 ust. 1 dyrektywy klasycznej, a posiadaniem wystarczających informacji umożliwiających sprawdzenie czy decyzja instytucji zamawiającej dotycząca udzielenia zamówienia jest obarczona ewentualnymi błędami lub jest bezprawna i możliwości skorzystania w praktyce w odniesieniu do takiej decyzji z prawa do skutecznego środka prawnego.
Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……