

WYROK

Warszawa, dnia 6 lutego 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Cony Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu

Uczestnik po stronie zamawiającego: wykonawca BBF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odtajnienia i udostępnienia złożonych przez BBF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wyjaśnień ceny oferty;
2. Kosztami postępowania obciąża Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony;
 - 2.2. zasądza od Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu na rzecz Cony Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę 11 100 zł 00 gr (jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), w tym 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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 194/25

Uzasadnienie

Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Pełnienie kompleksowego nadzoru inwestorskiego dla I etapu zadania pn: „Budowa obwodnicy Szamotuł w ciągu dróg wojewódzkich nr 184 i 187.”*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 6 listopada 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, numer ogłoszenia: 2024/BZP 00581149.

W dniu 15 stycznia 2025 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty, złożonej przez BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „BBF”) oraz zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy BBF.

Wykonawca Cony Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej „uznk” poprzez zaniechanie zweryfikowania złożonych przez Wykonawcę BBF dokumentów

zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez BBF jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych w trybie przepisu art. 224 ustawy Pzp,

2)art. 252 ust.1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2)odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy BBF

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 636 762,06 złotych brutto. W postępowaniu zostały złożone oferty z cenami:

Odwołujący podał, że cena oferty wykonawcy BBF jest niższa o 46% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (średnia to 555 642,3525) i niższa od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia o 53 %. Z uwagi na spełnienie przesłanek ustawowych Zamawiający wezwał wykonawcę BBF do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca BBF takie wyjaśnienia złożył, jednak zastrzegł je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał zastrzeżenia BBF w zakresie rażąco niskiej ceny jako skuteczne, pomimo, iż zdaniem Odwołującego nie nastąpiło to skutecznie zastrzeżone, a wyjaśnienia ceny zostały zastrzeżone jedynie po to, by uniemożliwić konkurencyjnym wykonawcom kwestionowanie cen, kalkulacji oraz założeń tego wykonawcy.

Odwołujący zwrócił m.in. uwagę, że wykonawca BBF zastrzegł swoje wyjaśnienia wskazując, iż zastrzega je w odniesieniu do osób, które będą świadczyć usługi nadzoru inwestorskiego. BBF wskazuje, iż cyt: „Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji dotyczących kluczowego personelu *Wykonawcy jest oczywista: to dzięki zespołowi specjalistów zbudowanym w toku naszej działalności jesteśmy w stanie realizować zlecenia i konkurować o pozyskanie nowych zamówień. Rynek tych wysokospecjalistycznych usług intelektualnych charakteryzuje się niedoborem wykwalifikowanej kadry. Wykonawcy muszą stawiać czoło konieczności inwestowania w kadrę specjalistów, polegającą zarówno na pozyskiwaniu nowych specjalistów, jaki i inwestowanie w ustawiczne doszkalanie osób będących w naszym zasobie. Zarówno pozyskanie nowego specjalisty jak i utrata specjalisty pociąga za sobą konieczność poniesienia konkretnych wydatków. Tak więc dla firm z branży informacje o konkretnych osobach są informacją wymierną finansowo, a zatem mającą bezsprzecznie wartość gospodarczą.*

Odwołujący wskazał, że dysponuje jednak wykazem osób skierowanych do realizacji zamówienia, z którego wynika, iż BBF skierowało do realizacji Pana K.B. i Pana J.G., a który został mu udostępniony przez Zamawiającego. Informacja ta nie jest zatem tajemnicą przedsiębiorstwa. Z uwagi na to, że w przedmiotowym postępowaniu najważniejszym czynnikiem decydującym o cenie są ceny usług specjalistycznych i świadczenie tych usług przez specjalistów/ekspertów, co wskazywał także wykonawca BBF w swoim uzasadnieniu, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa BBF nie ma już większego znaczenia z uwagi na jawność informacji o kluczowych osobach, które mają świadczyć usługi. Koszty poszczególnych usług, które wskazywał w zastrzeżeniu BBF, w tym nabywanych od podmiotów trzecich (m.in. koszty najmu i utrzymania biura, koszty środków transportu, koszty działań promocyjnych nie mają w przedmiotowym postępowaniu większego znaczenia, gdyż największym czynnikiem kosztotwórczym są koszty osobowe. Wykonawca BBF twierdzi, że jednym z czynników, które umożliwia zaoferowanie takiej ceny są właśnie koszty osobowe i kluczowe osoby skierowane do realizacji zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający stwierdził m.in., że wykonawca BBF dokonał właściwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawione przez tego wykonawcę, odnosi się szczegółowo do poszczególnych kwestii, które podlegały zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca BBF Sp. z o.o. (dalej również: „Przystępujący”)wypełniając wymogi ustawowe zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie przez Strony i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym

terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej stosownie do przepisu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła:

Zgodnie z pkt 5.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ). 5.1. *Przedmiotem zamówienia jest: Pełnienie kompleksowego nadzoru inwestorskiego dla I etapu zadania pn: „Budowa obwodnicy Szamotoł w ciągu dróg wojewódzkich nr 184 i 187” Nadzór inwestorski obejmuje wszystkie prace związane z pełnieniem kompleksowego nadzoru budowlanego wraz z wykonaniem sprawdzających geodezyjnych obmiarów kontrolnych oraz z kontrolą rozliczenia rzeczowego i finansowego robót będących przedmiotem nadzoru, łącznie z kontrolą rozliczenia Wykonawcy Robót Budowlanych z Podwykonawcami oraz dalszymi Podwykonawcami.*

W postępowaniu zostało złożonych 8 ofert przez wykonawców, wskazanych powyżej w odwołaniu.

Pismem z 12 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BBF Sp. z o.o. do wyjaśnienia ceny.

W odpowiedzi z 16 grudnia 2025 r. wykonawca BBF Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia ceny wraz z załącznikami, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie wykonawca BBF Sp. z o.o. złożył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnienia ceny jego oferty wraz z załącznikami, tj. opisem technicznym środków zabezpieczeń, oświadczeniem o poufności podpisywanym przez pracowników spółki, Zarządzeniem Prezesa Zarządu w sprawie ustanowienia i wprowadzenia Regulaminu w sprawie Polityki bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa z 4 stycznia 2021 r., rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z 22 grudnia 2023 r.

Zamawiający uznał, że wyjaśnienia ceny wraz z załącznikami zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę BBF i nie podlegają ujawnieniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 18 ustawy Pzp: 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.), 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.*

Z przepisu tego wynika, że zasadą obowiązującą na gruncie zamówień publicznych jest jawność postępowania, zaś ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. Oznacza to, że wykonawcy, którzy zamierzają brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą liczyć się z tym, że składane przez nich dokumenty i przekazywane informacje mogą zostać ujawnione, chyba, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostanie to przez nich wykazane wraz z przekazaniem tych informacji.

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

W pierwszej kolejności zwrócenia uwagi wymaga, że z ww. przepisów wynika, że chodzi o informacje, a zatem nie o całe dokumenty, gdy w całości nie zawierają one informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Następnie zauważenia wymaga, że wprowadzając obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy Pzp dokonana 29 sierpnia 2014 r.), w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest*

w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.

W toku badania złożonych przez wykonawców ofert, obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie czy wykonawca, który wyraził wolę utrzymania w poufności określonych informacji, wykazał należycie, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym nie wystarcza złożenie w tym zakresie ogólnikowych oświadczeń co do objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz konieczne jest rzeczywiste wykazanie, że ściśle określone informacje przekazywane w danym postępowaniu wypełniają wszystkie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tych względów wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji, dla wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji, wykonawcy zobowiązani są wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w ww. art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj., że informacje te mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, że informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, jak też, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Powinno to nastąpić z uwzględnieniem, że wymóg posiadania wartości gospodarczej odnosi się do każdej z informacji, tj. nie tylko „innej”, ale także informacji mających charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny. Nie jest zatem wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, lecz musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy z tego powodu, że pozostanie poufna, np. może być dla wykonawcy źródłem zysków lub pozwalać na zaoszczędzenie określonych kosztów. Rolą zamawiającego jest zbadanie czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, bowiem to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym co do zasady postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dane informacje, mogą stanowić wyjątek od tej zasady i pozostać niejawnymi. Zamawiający ocenia zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o treść uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

Badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W analizowanym przypadku rozstrzygnięcia Izby wymaga czy Zamawiający zasadnie uznał, że wykonawca BBF Sp. z o.o. w ustawowym terminie należycie wykazał, że zastrzeżone przez niego wyjaśnienia ceny zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym mogą stanowić wyjątek od zasady jawności postępowania i nie powinny być udostępnione konkurencyjnym wykonawcom celem ich zweryfikowania pod względem wykazania realności ceny oferty i jej zgodności z dokumentami zamówienia.

W ocenie Izby, treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę BBF oraz stanowisko Zamawiającego, zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, wskazuje, że wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, Zamawiający nie dokonał rzetelnej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawionego przez BBF Sp. z o.o. i w konsekwencji ogólnikowe twierdzenia, nadto miejscami nieaktualne oraz nieadekwatne do treści wyjaśnień, uznał za przekonujące argumenty.

Na wstępie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca BBF Sp. z o.o. wskazał, że *informacje zawarte w oraz wykazie osób skierowanych do realizacji oraz w piśmie Wykonawcy zawierającym wyjaśnienia dot. wezwania na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp (dalej jako „Wyjaśnienia”) wraz z wszystkimi załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022, poz. 1233 z późn. zm.) (dalej „u.z.n.k.”), podkreślając: W konsekwencji informacje zawarte w tym piśmie oraz załączonych dokumentach nie mogą być udostępniane innym wykonawcom ubiegającym się o zamówienie jak i żadnym podmiotom trzecim.*

W sprawie zwraca uwagę, że Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o dwóch kluczowych osobach, skierowanych przez Przystępującego do realizacji zamówienia, tj. inspektora robót drogowych oraz inspektora robót mostowych, wskazanych w wykazie osób, złożonym przez tego wykonawcę. Oznacza to, iż w tym zakresie dane te nie

są poufne. Nie zostało wykazane, aby spotkało się to ze sprzeciwem ze strony wykonawcy BBF.

Dalej w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny, wykonawca BBF wskazał m.in.:

Wobec powyższego Wykonawca zastrzega niejawność wyżej wskazanych dokumentów zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp”), którego treść stanowi, że „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4”.

W związku z powyższym zgodnie ze wspomnianym art. 86 ust. 4 Pzp wykonawca nie może zastrzec jedynie takich informacji jak: „(...) nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach (...)” natomiast inne elementy oferty nie wspomniane w powyższym artykule zastrzeżone być mogą o ile stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust 2 u.z.n.k., co potwierdza nadal aktualne uzasadnienie do wyroku Zespołu Arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9.03.2007 r. UZP/ZO/O-125/07: „Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy, a więc nazwy (firmy), adresu, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Analiza zdania 2 ustępu 3 art. 8 ustawy - „nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy” - prowadzi w wyniku zastosowania wykładni a contrario do wniosku, iż pozostałe elementy oferty wykonawca może zastrzec, o ile stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Z powyższego wynika, że Przystępujący powołuje nieaktualne przepisy ustawy Pzp, w brzmieniu sprzed przywołanej powyżej nowelizacji ustawy.

Oznacza to, że wykonawca BBF tym samym dał wyraz temu, iż uzasadnienie zostało sporządzone - jak można zakładać - w odległym czasie na potrzeby innych zastrzeganych informacji, nadto bez uwzględnienia aktualnie wiążącego wykonawcę obowiązku wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przystępujący stwierdził w uzasadnieniu, że wszystkie informacje zawarte w załączonych dokumentach spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z ww. przepisem, nie uzasadniając przy tym np., dlaczego załączone do jego wyjaśnień ceny w analizowanym postępowaniu, zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa.

W podstawie faktycznej utajnienia dokumentów wykonawca BBF wskazał m.in., że zastrzeżone informacje dotyczą sposobu kalkulacji i budowania ceny oferty, a tym między innymi:

- kosztów pracy, w tym stosowanych narzutów na pozapłacowe koszty pracy i współpracowników Wykonawcy;
- kosztów poszczególnych usług, w tym nabywanych od podmiotów trzecich (m.in. koszty najmu i utrzymania biura, koszty środków transportu, koszty działań promocyjnych;
- Wszelkich danych, w szczególności imion i nazwisk, pozwalających na identyfikację osób zatrudnionych u Wykonawcy, w tym informacje zawarte w załącznikach do tego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zastrzegane informacje mają charakter informacji organizacyjnych lub innych informacji posiadających istotną wartość gospodarczą, w szczególności informacji finansowych, które jako ten zbiór elementów nie są znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. W szczególności dotyczy to informacji takich jak: wysokość przyjętych do kalkulacji stawek, wysokość marż, stawek wynagrodzeń lub kosztów nabywanych usług, kalkulacji ryzyk oraz sposobu konkurencyjnego budowania oferty cenowej.

Zauważenia wymaga, że zawarta w wyjaśnieniach ceny kalkulacja odnosi się do ceny oferty wykonawcy BBF, złożonej w tym postępowaniu. Jeśli przyjąć, że jest w nich wskazanie także na „konkurencyjny sposób budowania oferty cenowej”, to odnosi się on do tego postępowania, a zatem z uwzględnieniem konkretnych wymagań postawionych przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Trudno zatem, bez wykazania tej okoliczności przez wykonawcę BBF, uznać, że sposób ten jest jednakowy dla każdego postępowania.

Wykonawca BBF dalej podał:

Również kwestie dotyczące personelu oraz stawek jego wynagrodzenia traktowane są jako poufne zarówno ze względu na przepisy dotyczące danych osobowych, jak i wolę członków personelu, na potwierdzenie czego odsyłamy do treści oświadczeń członków zespołu delegowanego do realizacji.

Informacje o konkretnych osobach kierowanych do realizacji zamówienia lub przygotowujący ofertę mają kluczowe znaczenie dla Wykonawcy. Są to osoby o wysokich kwalifikacjach, doświadczeniu i znajomości rynku. W dobie istotnego niedoboru specjalistów i konkurowania przez przedsiębiorców o pozyskanie specjalistów informacje pozwalające zidentyfikować te osoby są cenne. Są to wymiennie cenne informacje dla konkurencji. BBF realnie spotkał się z próbami pozyskania zatrudnionych przez nas specjalistów; czasem te próby niestety okazują się skuteczne. Utrata kluczowych specjalistów może istotnie utrudnić realizację tego zamówienia oraz wywiązanie się ze zobowiązań wynikających z innych kontraktów, a także uniemożliwić lub co najmniej znacznie utrudnić pozyskiwanie kolejnych zamówień. (...)

Gdyby podmioty konkurencyjne uzyskały dostęp do zastrzeganych informacji, to bez wątpienia wpłynęłoby negatywnie na konkurencyjność Wykonawcy. Działalność Wykonawcy, w tym jego zdolność konkurencyjna, w znacznym stopniu opiera się właśnie na tego rodzaju informacjach. Dla podmiotów działających na rynku usług intelektualnych w zakresie wysokospecjalistycznego projektowania wypracowana organizacja pracy stanowi jedną z podstaw funkcjonowania oraz niezwykle istotny element zdolności konkurencyjnej.

Jak natomiast powyżej wskazano, dane osobowe kluczowego personelu wykonawcy BBF, wyznaczonego do realizacji zamówienia, zostały ujawnione przez Zamawiającego.

W dalszej kolejności wykonawca BBF wskazał:

C. Działania, które zostały podjęte przez Wykonawcę w celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów

Przed wszystkim wskazuję, że informacje zawarte w Wyjaśnieniach oraz załącznikach - nie zostały nigdy podane do publicznej wiadomości i w żaden sposób nie są publicznie dostępne, a podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie.

Podkreślam także, że Wykonawca podjął szereg działań zmierzających do zachowania poufności wszystkich ww. informacji. W szczególności sposób kalkulacji ceny ofertowej, a także wartość elementów składowych znane są bardzo ograniczonej grupie osób, osobom zarządzającym Wykonawcy oraz kluczowym pracownikom. Wszystkie ww. osoby zobowiązane są do zachowania poufności ww. informacji na mocy przepisów prawa (przykładowo członek zarządu zobowiązany jest do zachowania poufności w związku z wynikającym z przepisów Kodeksu spółek handlowych, obowiązkiem należytego wykonywania powierzonych im funkcji oraz obowiązkiem dbałości o dobro reprezentowanego przez nich podmiotu; natomiast takowy obowiązek pracowników wynika m.in. z art. 100 Kp). Ponadto wszyscy pracownicy Wykonawcy jak również osoby prowadzące działalność gospodarczą i współpracujące z Wykonawcą podpisują odrębne zobowiązanie do zachowania poufności (dowód: oświadczenie o poufności podpisywane przez pracowników spółki).

Całość części utajnionej jest przechowywana w siedzibie Wykonawcy z zachowaniem szczególnych procedur bezpieczeństwa. Dostęp do materiałów mają tylko upoważnieni pracownicy Wykonawcy, biorący udział w opracowywaniu oferty do niniejszego postępowania. Archiwum z materiałami w wersji elektronicznej jest przechowywane w zaszyfrowanym katalogu sieciowym z ograniczonym dostępem tylko i wyłącznie dla upoważnionych pracowników. U Wykonawcy obowiązują odpowiednie zasady, co do postępowania z taką poufną informacją (dokumentacją), która jest przechowywana w zabezpieczonych (zarówno elektronicznymi systemami dozoru, jak i tradycyjnym zamkiem) miejscach, do których dostęp mają tylko ww. osoby. Natomiast dokumentacja zawierająca informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny w formie elektronicznej zapisana jest na szyfrowanych dyskach. (dowód: zarządzenie Prezesa Zarządu ws. ustanowienia i wprowadzenia Regulaminu ws. polityki bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 04.01.2021 r.)¹

W przypisie nr 1 zostało wskazane, że do zastrzeżenia zostało załączone jedynie ww. zarządzenie bez załączenia samego Regulaminu, ze stwierdzeniem: Powyższe spowodowane jest tym, że sam Regulamin jest dokumentem ściśle poufnym (...).

Następnie wykonawca BBF wskazał:

U Wykonawcy obowiązuje Polityka bezpieczeństwa, która ustanawia odpowiednie środki techniczne ochrony danych. Środki techniczne jakie wprowadza Wykonawca w celu ochrony danych poufnych, również zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ujawnienie informacji o zastosowanych środkach bezpieczeństwa potencjalnie ułatwiłoby osobom/podmiotom trzecim możliwość ich ominięcia, a co za tym idzie narażałoby Wykonawcę na ryzyko ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zbiory danych przetwarzane w Spółce zabezpiecza się poprzez: [szczegółowe określenie w załączniku nr 1 do niniejszego pisma, załącznik ten objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa]

(...)

Wykonawca podnosi, że podejmując działania zmierzające do zachowania poufności ww. dokumentów

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zapewnił wskazane powyżej środki techniczne oraz organizacyjne jak kontrola dostępu do informacji w przedsiębiorstwie, kontrola ruchu w sieci, zapewnienie bezpieczeństwa komputerów.

D. Wartość tajemnicy przedsiębiorstwa

(...)

Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji dotyczących kluczowego personelu Wykonawcy jest oczywista: to dzięki zespołowi specjalistów zbudowanym w toku naszej działalności jesteśmy w stanie realizować zlecenia i konkurować o pozyskanie nowych zamówień. Rynek tych wysokospecjalistycznych usług intelektualnych charakteryzuje się niedoborem wykwalifikowanej kadry. Wykonawcy muszą stawiać czoło konieczności inwestowania w kadrę specjalistów, polegającą zarówno na pozyskiwaniu nowych specjalistów, jak i inwestowanie w ustawiczne doszkalanie osób będących w naszym zasobie. Zarówno pozyskanie nowego specjalisty jak i utrata specjalisty pociąga za sobą konieczność poniesienia konkretnych wydatków. Tak więc dla firm z branży informacje o konkretnych osobach są informacją wymierną finansowo, a zatem mającą bezsprzecznie wartość gospodarczą.

(...)

Wobec powyższego informacje zawarte w przedmiotowych dokumentach, będących jednocześnie załącznikami do niniejszego pisma Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem spełniają łącznie wszystkie z trzech przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., tj.:

- 1) nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
- 2) posiadają wartość gospodarczą dla Wykonawcy,
- 3) Wykonawca, co do zastrzeżonych informacji podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Ponadto na zakończenie wyjaśnień, Wykonawca wskazuje na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 17.10.2008 r. (sygn. KIO/UZP 1068/08): informacje nieujawnione do wiadomości publicznej o kontrahentach przedsiębiorcy, wielkości produkcji, czy też podpisanych umowach i kwotach z nich wynikających wypełniają przesłankę określoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (...)

Załączniki:

1. opis technicznych środków zabezpieczeń (tajemnica, załącznik w treści pisma z wyjaśnieniami ceny).
2. Oświadczenie o poufności podpisywane przez pracowników spółki.
3. Zarządzenie Prezesa Zarządu ws. ustanowienia i wprowadzenia Regulaminu ws. polityki bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 04.01.2021r.
4. Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z 22.12.2023 r.

W ocenie Izby wykonawca BBF Sp. z o.o. nie wykazał, że zastrzeżone w całości wyjaśnienia ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie wykazał np. w jaki sposób konkurencyjny wykonawca mógłby pozyskane informacje wykorzystać w celu osiągnięcia zysku czy zmniejszenia swoich kosztów w przyszłych postępowaniach. Uzasadnienie jest ogólnikowe, możliwe do zastosowania jako wstęp w wielu innych postępowaniach, nie odnosi się do wszystkich zastrzeżonych informacji.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawianego przez Przystępującego nie sposób uznać za skuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny złożonych przez tego wykonawcę wraz z załącznikami.

W związku z tym Izba uwzględniła zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę BBF Sp. z o.o., powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odtajnienie wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba

rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: