

Sygn. akt: KIO 457/25
Sygn. akt: KIO 467/25

WYROK

Warszawa, dnia 6 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2025 r. przez:

A. wykonawcę yarri S.A. z siedzibą w Krakowie - sygn. akt KIO 457/25,

B. wykonawcę SOFTIQ sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach - sygn. akt KIO 467/25,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie

orzeka:

Sygn. akt KIO 457/25

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego yarri S.A. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego yarri S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 467/25

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego SOFTIQ sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego SOFTIQ sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach na rzecz zamawiającego Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 457/25
Sygn. akt: KIO 467/25

Uzasadnienie

Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na outsourcing specjalistów IT – część 1 - outsourcing specjalistów z obszaru projektów i systemów IT (numer postępowania: ZP/11/24). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 213/2024 pod nr 663907-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość

szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 457/25

W dniu 7 lutego 2025 r. wykonawca yarrl S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący yarrl”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w postępowaniu w zakresie odtajnienia zastrzeżonej przez Odwołującego treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z kalkulacją, tj. treści pliku o nazwie „01.Wyjaśnienia RNC czesc_2TP 100125-sig” w części pierwszej zamówienia. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „u.z.n.k.”) przez nieuzasadnione odtajnienie informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jest pliku o nazwie „01.Wyjaśnienia RNC czesc_2 TP 100125-sig” w całości, mimo, iż Odwołujący zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp złożył stosowne uzasadnienie w terminie określonym przez przepisy prawa, a także wykazał w treści uzasadnienia oraz przez przedstawienie dowodów, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia pliku o nazwie „01.Wyjaśnienia RNC czesc_2TP 100125-sig”.

Zamawiający w dniu 25 lutego 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 467/25

W dniu 7 lutego 2025 r. wykonawca SOFTIQ sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „Odwołujący SOFTIQ”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odtajnieniu złożonych przed Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z kalkulacją z wyłączeniem nazwy podwykonawcy. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez odtajnienie złożonych przed Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z kalkulacją z wyłączeniem nazwy podwykonawcy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia złożonych przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z kalkulacją.

Zamawiający w dniu 25 lutego 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie zgłoszono przystąpień.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący, jako wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienia, którzy zastrzeżli treść złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a wnosząc odwołania dążą do unieważnienia czynności odtajnienia informacji zawartych w tych wyjaśnieniach, wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny złożone przez Odwołujących wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w tych wyjaśnieniach i w dokumentach załączonych do wyjaśnień, a także pisma Zamawiającego informujące o odtajnieniu części ww. informacji.

Izba ponadto w sprawie o sygn. akt KIO 457/25 dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego yarrl na rozprawie na okoliczność podejmowanych prób przejęcia pracowników Odwołującego yarrl (dowody zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa) oraz wydruku z narzędzia chat GPT dotyczącego kwestii kalkulacji kosztów na usługi outsourcingu specjalistów IT.

W sprawie o sygn. akt KIO 467/25 Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi utrzymania komponentu integracyjnego oraz implementacja integracji pomiędzy systemami zewnętrznymi i systemami wewnętrznymi PFRON (nr postępowania ZP/02/24), tj. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę JCODE Sp. z o.o., na okoliczność wykazania podobieństwa ich treści z dokumentami złożonymi przez Odwołującego Softiq.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT, poprzez oddelegowanie do Zamawiającego specjalistów do wykonywania prac na rzecz i pod nadzorem Zamawiającego spełniających wymagania oraz posiadających kompetencje i doświadczenie określone w opisie przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 Części. Część 1 obejmowała outsourcing specjalistów z obszaru projektów i systemów IT.

W postępowaniu na Część 1 wpłynęło 16 ofert, w tym oferty obu Odwoływających.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający wezwał obu Odwoływających do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

Odwoływający yarrl złożył wyjaśnienia obejmujące pismo 00.Wyjaśnienia RNC część_1 (2 strony), pismo 01.Wyjaśnienia RNC część_2 (12 stron) oraz plik 03.Dowody_RNC, zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkie informacje zawarte w piśmie 01.Wyjaśnienia RNC część_2 oraz w pliku 03.Dowody_RNC. Wraz z wyjaśnieniami Odwoływający yarrl przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz plik 04.Dowody_UZAS (również objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), wskazując:

„W imieniu firmy yarrl S.A. z siedzibą w (...) zastrzegam, w oparciu o art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 poz. 1605), dalej „PZP”, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej „u.z.n.k. (tj. Dz.U. z 2022r., poz. 1233):

1)wszystkie informacje zawarte w pliku 01.Wyjaśnienia RNC część_2 oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z

2)dowodami oznaczonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa załączonymi do wyjaśnień oznaczonymi 03.Dowody_RNC;

3)dowody oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa załączone do niniejszego uzasadnienia 04.Dowody_UZAS.

Zastrzeżenie przez Spółkę tajemnicy przedsiębiorstwa jest dopuszczalnym na gruncie PZP ograniczeniem zasady jawności i yarrl w sposób jednoznaczny wskazuje, że informacje objęte zastrzeżeniem, obejmuje wolą zachowania w poufności.

Wprowadzenie odstępstw od zasady jawności, poprzez uprawnienie do jej ograniczenia przez zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, stabilizuje procesy zachodzące w sektorach gospodarki, szczególnie wrażliwych na wpływ informacji. Umożliwienie przedsiębiorcy skutecznego zabezpieczenia własnego interesu przesądza o oparciu procedury zamówień publicznych na właściwościach wolnego rynku, niezwykle konkurencyjnego pod względem oferowanych usług. (Maksym Bednarek Studenckie Zeszyty Naukowe 2018 Vol. XXI nr 37).

Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k 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. Tym samym określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli:

1.ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą,

2.całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób;

3.podjęto w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Brzmienie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest wynikiem implementacji art. 2 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, w której wskazano na konieczność przyjęcia jednolitej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, która będzie uwzględniała know-how, informacje handlowe i informacje techniczne w przypadkach, w których istnieje zarówno uzasadniony interes w utrzymaniu poufności, jak i uzasadnione oczekiwanie, że taka poufność zostanie zachowana.

Spółka zastrzega wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności informacje dotyczące: sposobu obliczenia ceny; stawek zastosowanych przez yarrl do obliczenia ceny; szczegółowych kalkulacji; poziomu zysku, elementów przyjętych dla wyliczenia ceny, warunków Spółki mających wpływ na cenę, gdyż stanowią one elementy modelu kalkulacji ceny oferty, wypracowanego w całości przez yarrl. Strategia cenowa Spółki powstała w oparciu o doświadczenie, przyjęte rozwiązania, wdrożone procedury, a także koncepcje techniczne i organizacyjne stanowiące swoiste know-how Spółki. Sukces Spółki na polu zamówień publicznych w całości uzależniony jest od odpowiedniego dobrania elementów cenotwórczych i umiejętne ich wykorzystania. Przy dużej konkurencji w

zamówieniach unikatowe wyliczenia, założenia, rozwiązania znalezione/przyjęte przez Spółkę decydują o sukcesie w konkretnym przetargu. Dotyczy to także prowadzonej przez Spółkę polityki pozyskiwania pracowników/współpracowników oraz ustalonych wynagrodzeń. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez Spółkę szkody poprzez zmniejszenie szans na zaoferowanie w kolejnych postępowaniach konkurencyjnych cen, a co za tym idzie pozyskanie kolejnych zamówień.

Informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają dla Spółki wartość gospodarczą oraz zawierają informacje o charakterze organizacyjnym i technicznym przedstawiające sposób wyceny przedmiotu zamówienia, w tym stawki dla poszczególnych specjalistów, wskazują na podstawy dokonywania tej wyceny oraz czynniki wpływające na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, przy czym nie są to wyłącznie czynniki i założenia przyjęte na potrzeby tego konkretnego postępowania, ale również okoliczności związane z działalnością operacyjną yarrl wykorzystywaną przez niego w bieżącej działalności. Informacje te mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez Spółkę. Spółka zawarła w wyjaśnieniach informacje na temat stosowanej przez Spółkę polityki cenowej, polityki wewnętrznej jej przedsiębiorstwa, konkretne informacje na temat cen, wynagrodzeń, warunków zatrudniania i nawiązywania współpracy oraz nazwy partnerów biznesowych, a także szczegóły składanych przez nich ofert i oświadczeń.

Sposób kalkulacji ceny oferty stanowi swoiste know-how yarrl, gdyż opiera się na wiedzy i doświadczeniu Spółki, przy czym wiedza ta i doświadczenie są odrębne i charakterystyczne dla Spółki. yarrl, jako wieloletni uczestnik postępowań, wypracował szereg rozwiązań które pozwalają na ograniczenie lub minimalizację kosztów a także efektywne zarządzanie realizacją zamówienia, zasobami i wydatkowaniem środków. Stworzenie z dostępnych yarrl rozwiązań oferty korzystnej, optymalnej kosztowo i organizacyjnie jest wiedzą, którą yarrl chroni. Cena oferty to wynik nie tylko wynagrodzeń specjalistów, ale ich doboru, podjęcia decyzji o kosztach ryzyka i marży. Dzięki tej wiedzy yarrl może zaoferować cenę korzystną, a jednocześnie realną, pokrywającą wszystkie koszty zamówienia. Cena oferty to wynik wieloletniego doświadczenia yarrl, którego zdobycie wymagało podjęcia wielu decyzji i poniesienia wielu kosztów, w tym kosztów szkoleń i złożonych analiz. Ostatecznie pozwala to na stworzenie oferty konkurencyjnej w stosunku do innych wykonawców. Zdobycie i nauczanie się wykorzystywania potencjału to praca wieloletnia.

Wypracowany, chroniony model kalkulacji cen (dobór specjalistów, koszty pośrednie, elementy kosztotwórcze, marże) nie ma z pewnością charakteru jednorazowego. W rezultacie, w przypadku ujawnienia tych informacji, prawdopodobieństwo wystąpienia szkody jest wysokie. Istniałby również związek przyczynowy między faktem ujawnienia informacji w tym konkretnym postępowaniu przez Zamawiającego, a szkodą, która wystąpi. Ewentualna jednorazowość informacji złożonych w ramach wyjaśnień, nie dyskwalifikuje wartości gospodarczej tych informacji, gdyż stanowi odzwierciedlenie zdolności Spółki i umiejętności jej odpowiedzi na konkretne wymagania postawione w postępowaniu, poprzez umiejętne dostosowanie do warunków zamówienia swoich zasobów personalnych, organizacyjnych i finansowych. Zdolność doboru i wykorzystania tych zasobów przedsiębiorstwa w określonych warunkach prowadzi do osiągnięcia celu, którym dla przedsiębiorstwa jest ostatecznie uzyskany wynik finansowy z prowadzonej działalności gospodarczej, w tym z uzyskania danego zamówienia.

Powyższe uzasadnia wartość tajemnicy przedsiębiorstwa, prawdopodobieństwo wystąpienia szkody w przypadku ujawnienia zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa oraz związek przyczynowy między ujawnieniem zastrzeżonej tajemnicy w tym postępowaniu a szkodą (w postaci utraty dochodów), która może wystąpić. Zastrzegane informacje zostały wytworzone jako zbiór indywidualnie określonych informacji dla potrzeb przedmiotowego zamówienia, a tym samym odniesienie tych informacji do warunków danego zamówienia pozwala na poznanie, w jaki sposób dany wykonawca zaplanował zorganizowanie, wykonanie usług oraz w jaki sposób skalkulował realizację zamówienia. Są to dane istotne z punktu widzenia konkurencyjności danego wykonawcy na rynku a ich indywidualne zestawienie w tym postępowaniu niesie ze sobą adekwatną wartość gospodarczą.

Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej a dopiero później umów wykonawczych. Oferty składane na zawarcie poszczególnych umów wykonawczych nie mogą być mniej korzystne a więc ujawnienie sposobu kalkulacji stawek specjalistów na tym etapie postępowania, może spowodować, że konkurencja będzie w stanie oszacować potencjalne stawki jakie może zaoferować yarrl w ofertach na umowy wykonawcze a w konsekwencji może się to przyczynić do utraty przewagi konkurencyjnej Spółki opartej o jej unikalny sposób wyceny elementów ceny przez wykorzystanie tych informacji w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, tak jak wskazano powyżej, wartość gospodarcza informacji wynikających z niniejszych wyjaśnień przejawia się również w tym, że ujawnienie sposobu kalkulacji stawek specjalistów, kosztów, które yarrl w nich uwzględni oraz także podmiotów i osób współpracujących z yarrl może powodować, że Spółka nie będzie w stanie złożyć konkurencyjnej oferty ani w kolejnych postępowaniach, ani w odpowiedzi na zapytanie do zawarcia umów wykonawczych. To z kolei może zachwiać pozycją rynkową Spółki i doprowadzić do obniżenia jej przychodów.

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. (wyrok KIO 1845/22).

Szkoda Spółki przejawia się w szczególności:

- w potencjalnej utracie przyszłych zamówień, jeżeli nastąpiłoby przejście specjalistów a Spółka miałaby trudność w ich pozyskaniu;
- w potencjalnej utracie przyszłych zamówień, jeżeli Spółka utraciłaby specjalistów o wynagrodzeniach, które umożliwiają złożenie oferty korzystnej;
- w potencjalnej utracie przyszłych zamówień, jeżeli inny podmiot dokonałby kalkulacji w oparciu o sposób kalkulacji ceny oferty przez Spółkę i zaferowałby ceny korzystniejsze niż Spółka w wyniku przejścia tajemnicy przedsiębiorstwa;
- w potencjalnej utracie możliwości realizacji zamówień wykonawczych w tym postępowaniu, jeżeli doszłoby do przejścia specjalistów już w ramach realizacji umowy ramowej, zawartej w tym postępowaniu;
- w utracie konkurencyjności i pozycji na rynku zamówień publicznych, jeżeli doszłoby do przejścia i wykorzystania tajemnicy Spółki;
- w konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów rekrutacji, jeżeli doszłoby do utraty specjalistów;
- w konieczności ponoszenia dodatkowych ryzyk i kosztów we współpracy z podwykonawcą, jeżeli Spółka utraciłaby możliwość udziału w postępowaniu lub cechy konkurencyjności;
- w potencjalnej utracie marży w tym postępowaniu, jeżeli zmaterializowałyby się ryzyka wynikające z dostępu do tajemnicy przedsiębiorstwa w wyniku ujawnienia przez Zamawiającego, które to ryzyka nie były skalkulowane w ramach ceny, gdyż skutki takiego ujawnienia są dużo dalej idące.

Wartość gospodarczą zastrzeganych informacji yarrl szacuje więc na około: 2 500 000,00 zł.

Na zbudowanie swojej przewagi konkurencyjnej w realnych cenach Spółka wydatkowała środki. Wyjaśnienia oparte zostały o informacje o technicznym i organizacyjnym charakterze. Ich wartość gospodarcza jest duża, gdyż sama utrata przewagi konkurencyjnej, a co za tym idzie niemożność uzyskania zamówień wykonawczych i kontraktów przyszłych, doprowadzić może do upadłości Spółki lub znacznego jej osłabienia.

Utajnione informacje mają wpływ na pozycję yarrl na rynku i na możliwość skutecznego na nim konkurowania. Ujawnienie tych informacji pozwoliłoby innym wykonawcom na przyjęcie podobnej kalkulacji, co w ostateczności doprowadziłoby do skalkulowania ceny oferty w oparciu o unikatowy model znany jedynie Spółce, a co za tym idzie przyczyniłoby się do utraty przez Spółkę przewagi konkurencyjnej.

W tym względzie Trybunał wielokrotnie orzekał, że podstawowy cel przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych polega na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji oraz że aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznej informacji, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ze względu na to, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opierają się na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a wykonawcami, ci ostatni powinni móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach takiego postępowania bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeszonym wykonawcom szkodę (wyroki: z dnia 14 lutego 2008 r., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 34-36; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C927/19, EU:C:2021:700, pkt 115).

Zastrzeżone przez Spółkę informacje, w tym dokumenty i oświadczenia, nigdy nie były publicznie ujawniane jako zespół (komplet) informacji, w kształcie i treści tożsamej z przedstawioną w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Spółka podkreśla, że w normalnym toku działania nie ma możliwości odnalezienia zastrzeganych informacji w takim zestawieniu.

yarrl nie rozpowszechnia tych informacji na stronie internetowej Spółki ani w publikacjach i komunikatach kierowanych do mediów, a także konsekwentnie, zgodnie z polityką Spółki oraz wdrożonymi procedurami, zastrzega jako tajemnica przedsiębiorstwa części ofert i wniosków składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie w jakim wymagają tego polityki i procedury yarrl oraz jest to dopuszczalne prawem. W odniesieniu do kwestii dotyczącej udowodnienia, iż informacje te nie są powszechnie znane, ani też nie są łatwe do uzyskania przez osoby zajmujące się tego typem informacji należy stwierdzić, iż z całą pewnością większość tych informacji nie da się uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

Część zastrzeżonych dokumentów ujawnia relacje handlowe Spółki z osobami fizycznymi i prawnymi. Fakt pozostawiania przez te podmioty w relacjach handlowych i informacje ujawniające istotne elementy tych stosunków mają

charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz posiadają wartość gospodarczą, a tym samym wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Istotne jest to, że podmioty te, przedstawiając swoje oferty i oświadczenia zastrzegły, że stanowią one informacje o charakterze poufnym. yarrl jako przedsiębiorca wysokiego zaufania, dba o swój wizerunek i wiarygodność, gdyż ich utrata przyczyniłaby się do utraty możliwości pozyskiwania takich ofert czy oświadczeń.

yarrl w sposób jednoznaczny wskazuje, że obejmuje zastrzeżone informacje i dokumenty poufnością, gdyż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie wyraża zgody na korzystanie ze wskazanych informacji lub rozporządzanie nimi w sposób niedozwolony. Dotyczy to także dokumentów załączonych jako dowody do wyjaśnień i uzasadnienia, które również objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż są one specyficzne dla Spółki i nieznanie innym uczestnikom rynku, a ich opracowanie wiązało się z poniesieniem konkretnych kosztów, co przesądza o istnieniu wartości gospodarczej tych informacji.

Spółka podjęła w stosunku do zastrzeganych informacji wszelkie działania zmierzające do zachowania ich w poufności. Po pierwsze należy zauważyć, iż Spółka zastrzega wyjaśnienia i dowody w tym postępowaniu, co jest dowodem starannego działania yarrl. Spółka podjęła także inne działania zmierzające do zachowania tych informacji w poufności. Do czynności tych zaliczyć można w szczególności: jest na etapie wdrażania normy ISO27001; wprowadziła Politykę Bezpieczeństwa Informacji oraz Politykę ochrony Danych Osobowych; wprowadziła procedurę obiegu dokumentów oraz Instrukcję zarządzania zasobami informatycznymi, jako system regulacji wewnętrznych obowiązujących w Spółce w zakresie kwestii dotyczących ochrony informacji poufnych, w tym tajemnicy przedsiębiorstwa oraz bezpieczeństwa systemów i umów; włączyła do systemów informatycznych reguły bezpieczeństwa informacji, które zapewniają ochronę danych o charakterze poufnym, dostępnych z poziomu systemu oraz wdrożyła reguły cyberbezpieczeństwa; ograniczyła krąg osób, które mają dostęp do wskazanych informacji – zarząd Spółki, manager odpowiedzialny za postępowanie, księgowy, manager ds. zamówień publicznych i prawnik; wprowadziła procedurę zapoznania nowozatrudnionych pracowników i współpracowników z istniejącą w Spółce polityką ochrony informacji i zarządzania tajemnicą przedsiębiorstwa oraz zobowiązała pracowników/współpracowników do podpisania Zobowiązania do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa; szyfruje dokumenty zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa; szkoli nowych pracowników pod kątem postępowania z informacjami opatrzonymi klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” oraz „informacja poufna”; przechowuje materiały/kontrakty/dokumentację w wersji elektronicznej w zaszyfrowanym katalogu sieciowym z ograniczonym dostępem tylko i wyłącznie dla upoważnionych osób; podpisuje z kontrahentami umowy NDA oraz zawiera postanowienia o poufności w kontraktach z podmiotami trzecimi oraz wprowadza zasady odpowiedzialności za naruszenie tych postanowień; W yarrl obowiązują zasady określone w Polityce Bezpieczeństwa Informacji oraz Polityce Ochrony Danych Osobowych, zatwierdzone przez Zarząd, z którymi ma obowiązek zapoznać się każdy pracownik/współpracownik Spółki przed przystąpieniem do pracy/współpracy ze Spółką. Pracownik/współpracownik zobowiązany jest odbyć niezbędne szkolenie z zasad bezpieczeństwa, obowiązujących w Spółce, tak aby zapobiec incydentom naruszenia bezpieczeństwa. Istotą bezpieczeństwa informacji w Spółce jest zachowanie reguły poufności, integralności i dostępności informacji oraz nadrzędna zasada minimalizmu. Spółka zapewnia dostęp do informacji poufnych, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tylko w zakresie, który jest niezbędny dla realizacji danego zadania. W tym przypadku - tylko w zakresie sporządzenia wyjaśnień i udowodnienia ich realności i prawidłowości oraz uzasadnienia prawa do zastrzeżenia.

Spółka zwraca uwagę, że nawet jednorazowe ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa może mieć istotne znaczenie i szereg daleko idących konsekwencji. W ocenie Spółki przedstawione wyjaśnienia oraz załączone dowody czynią zadość udowodnieniu zasadności zastrzeżenia poufności. Zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk „Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.”

Możliwość zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnień w zakresie ceny potwierdza wyrok KIO 1962/17, w którym Izba wskazała, że „wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ze względu na charakter przedstawianych w wyjaśnieniach informacji, w tym – co do sposobu kalkulacji ceny oferty, szczegółowych kosztów, informacji o charakterze gospodarczym, technicznym, technologicznym w zakresie proponowanych metod realizacji i proponowanych rozwiązań, handlowymi organizacyjnymi (oferty podwykonawców, umowy o współpracy, itp.) posiadają wymierną wartość gospodarczą dla innych podmiotów działających na tym samym rynku. Nie można odmówić im charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności wówczas, gdy dany wykonawca podejmuje działania zmierzające do zachowania tych informacji w poufności i ich ochrony przed ujawnieniem do wiadomości publicznej.”

Informacje zawarte w wyjaśnieniach przedstawiają indywidualne podejście yarrl, w tym koncepcje techniczne i

organizacyjne, a w szczególności własną strategię realizacji przedmiotowego zamówienia, gwarantującą jego prawidłowe wykonanie. O sukcesie zamówienia decyduje w dużej mierze umiejętność odpowiedniego dopasowania szeregu elementów i czynników, w tym odpowiedni dobór i wykorzystanie specjalistów, które w całości stanowią strategię Spółki na realizację zamówienia.

Należy zwrócić uwagę, że cena yarrl w pozycjach objętych wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest ceną konkurencyjną, a zatem sposób szacowania ceny jest unikalny i oparty o know-how yarrl.

yarrl stara się podnosić swoje kwalifikacje zarówno jako firma (poprzez rozwój procedur i polityk), jak i kwalifikacje personalne (szkolenie oraz certyfikowanie pracowników). Sektor usług IT jest wysoce konkurencyjny oraz podlega stałemu i dynamicznemu rozwojowi. Duża ilość postępowań na tzw. bodyleasing w sektorze publicznym powoduje, że podmioty konkurujące ze sobą na tym rynku muszą realnie dbać o swój potencjał i chronić go w sposób wielokierunkowy. yarrl z ostrożności podnosi, że pomimo faktu, iż część informacji dotyczących sposobu budowy ceny może być jawnych, to na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ochronie podlega także zbiór informacji jako całość bez względu na możliwość jawności określonych jego elementów. Takim zbiorem dla Spółki jest sposób budowy ceny oferty. yarrl wskazuje, że zbiór ten stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa. W konsekwencji tajemnicę stanowią także załączone dowody.

Zgodnie ze stanowiskiem Stanisława Sołtyśńskiego, (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, wyd. III, 2013): Posługiwanie się klauzulami poufności przez dysponenta tajemnicy (przedsiębiorcę) stanowi również dowód dokonania przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, które zmierzają do zachowania stanu tajemnicy.

Podsumowując – wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny wraz z dowodami oraz dowody do niniejszego uzasadnienia wymagają uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż:

- stanowią informację posiadającą wartość gospodarczą - odnoszą się do informacji o charakterze komercyjnym, związanych z przedsiębiorstwem Spółki oraz posiadają ściśle określoną wartość gospodarczą, gdyż na ich pozyskanie, wykorzystanie lub chronienie Spółka wydatkowała konkretne środki finansowe a ich utrata poprzez ujawnienie podmiotom trzecim może zagrozić pozycji Spółki a wykonawcy, które te informacje by przejęły, przyniesie zyski w postaci oszczędności czasu na zdobywania know-how w zakresie strategii cenowych, w tym wysokości poszczególnych wynagrodzeń i elementów kosztotwórczych;
- są informacjami o charakterze handlowym – obejmują szereg doświadczeń i informacji niezbędnych do powadzenia przedsiębiorstwa i do udziału w rynku zamówień publicznych;
- informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób - Spółka wskazała na poufny charakter informacji zawartych w wyjaśnieniach składając stosowne oświadczenie a także na ograniczoną ich podległość ujawnieniu;
- podjęto w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności - Spółka podjęła działania w celu zachowania poufności informacji zawartych w wyjaśnieniach.

Dla udowodnienia powyższego Spółka załącza następujące dowody (załączniki na 1-10, zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa) oraz wskazuje na klauzule zawarte w dowodach o numerach odpowiednio od D03 do D14 załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, „03.Dowody_RNC.7z”, które zobowiązują do zachowania poufności informacji i zastrzeżenia ich jako tajemnica przedsiębiorstwa.”

Odwolujący Softiq na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia zawierające część I – ogólną, jawną oraz część II – szczegółowe wyjaśnienia kalkulacji ceny ofertowej, której treść zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień załączono załącznik 1 - Kalkulacja średniej ceny za roboczegodzinę z podziałem na role, Załącznik 2 – Dowody dotyczące kosztów wynagrodzeń pracowników firmy, Załącznik 3 – Dowody dotyczące kosztów ogólnych firmy. Załączniki do wyjaśnień również objęto tajemnicą przedsiębiorstwa. Wraz z wyjaśnieniami Odwołujący Softiq przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami (dowody załączone do uzasadnienia również zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), wskazując:

„Niniejszym SOFTIQ sp. z o.o. oświadcza, że nw. dokumenty: wyjaśnienia treści oferty w zakresie cen przedstawionych w ofercie (dalej jako „Wyjaśnienia”), dokumenty załączone do Wyjaśnień, w tym w szczególności: tabele z wycenieniami pt. Kalkulacja średniej ceny za rbh, zanonimizowane umowy z pracownikami / współpracownikami Wykonawcy, faktury oraz umowy najmu; następujące dokumenty załączone do niniejszego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa: Regulamin Ochrony Danych Osobowych obowiązujący w SOFTIQ; Regulamin Pracy SOFTIQ Polityka bezpieczeństwa obowiązująca w SOFTIQ; Oświadczenie o zachowaniu poufności SOFTIQ, zawierają, w swej treści, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa SOFTIQ w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022, poz. 1233 ze zmianami) (dalej jako „u.z.n.k.”). Wobec powyższego Wykonawca zastrzega niejawność wyżej wskazanych dokumentów, tj. Wyjaśnień oraz wszystkich

załączników w całości, zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zmianami) (dalej jako „Pzp”), którego treść stanowi, że: „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 udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5”.

[podstawa prawna dokonanej zastrzeżenia]

Zgodnie z przywołanym wyżej art. 222 ust. 5 Pzp, wykonawca nie może zastrzec jedynie informacji o „nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedziby lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte” oraz „cenach lub kosztach zawartych w ofertach”. Natomiast inne elementy oferty, nie wspomniane w powyższym artykule, mogą zostać zastrzeżone, o ile stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 2 u.z.n.k.

Zauważyć należy, że zgodnie z przywołanym wyżej przepisem art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej 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. Wszystkie informacje zawarte w załączonych dokumentach spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z ww. przepisem.

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.

[podstawa faktyczna utajnienia dokumentów – kategoria informacji oraz ich wartość gospodarczą]

Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały informacje zawarte w dokumentach określonych w pkt 1 powyżej. Informacje te dotyczą m.in.: Sposób kalkulacji ceny oferty, Sposób obliczenia stawki osobogodziny, przyjętej czasochłonności realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, wysokości marży przyjętej przez Wykonawcę, kosztów nabycia sprzętu i oprogramowania koniecznego do utworzenia środowiska testowo deweloperskiego, kosztów osobowych; kosztów związanych z pozyskiwaniem wiedzy przez pracowników.

Wskazać należy, że niewątpliwie informacje zawarte w ww. dokumentach mają obiektywnie wartość gospodarczą i są informacjami wskazującymi na sposób organizacji Wykonawcy.

Sposób kalkulacji ceny, w tym wskazany poziom kosztów i marż, zapewniający Wykonawcy optymalizację zysków stanowi oczywiste know-how przedsiębiorcy. Wszystkie te dane wskazują jednoznacznie na sposób budowania ceny oferty i jej kluczowych elementów przez Wykonawcę i to nie tylko dla tego konkretnego zamówienia, ale także wszystkich innych o zbliżonym przedmiocie. Co więcej, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu niniejszego postępowania, przedstawione w Wyjaśnieniach oraz załączonej do nich tabeli dane dotyczą sposobu skalkulowania przez Wykonawcę ceny ofertowej i jej elementów kluczowych.

Ten wypracowany sposób wyceny oraz wskazane poziomy marży i kosztów stanowią bardzo istotną dla Wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwalają nam na budowę jego konkurencyjności nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży. Gdyby informacje zawarte w Wyjaśnieniach wraz z załącznikami do niej były udostępnione konkurentom, wówczas mogliby oni zyskać istotną przewagę nad Wykonawcą.

Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania Wykonawcy, organizację pracy - jedno z najważniejszych know-how Wykonawcy, z uwagi na fakt, że sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwala na zaoferowanie korzystnych cen, a po drugie pozwala na zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie, jest podstawą rentowności przedsiębiorstwa. Sposoby kalkulacji ceny wypracowane przez wiele lat, w oparciu o doświadczenie zaufanych pracowników, stanowią oczywistą wartość gospodarczą.

Obok sposobu wyliczenia ceny czy przedstawionego poziomu marż, wskazane w punkcie 1 dokumenty zawierają również informacje dotyczące wysokości wynagrodzenia oraz pozapłacowych kosztów ponoszonych przez Wykonawcę w związku z zatrudnieniem (niezależnie od podstawy prawnej) osób na poszczególnych, objętych ofertą stanowiskach.

Dane te winny ulec zastrzeżeniu przede wszystkim z tej przyczyny, że ujawnienie tych stawek konkurentom Wykonawcy działającym na tym samym rynku, umożliwi im uzyskanie przewagi gospodarczej nad Wykonawcą. Gdyby podmioty konkurencyjne miały świadomość tych kosztów mogłyby podejmować próby przyjmowania podobnych kosztów lub co najmniej antycypowania poziomu cen oferowanych przez Wykonawcę, co wpłynęłoby negatywnie na konkurencyjność SOFTIQ na przyszłość. Na rynku, na którym działa Wykonawca, koszty wynagrodzenia oraz koszty pozapłacowe związane z zatrudnianym personelem, stanowią bowiem istotną składową oferowanych w poszczególnych postępowaniach.

Informacje, dotyczące przyjętej przez Wykonawcę metodyki kalkulacji ceny, zapewniającej mu przewagę rynkową,

stanowią know-how naszego przedsiębiorstwa. Dane te dotyczą mechanizmu budowania ceny oferty SOFTIQ i to nie tylko w wymiarze jednostkowym dla tego konkretnego Postępowania (choćby z tego powodu, że istnieje potencjalna możliwość nierozstrzygnięcia niniejszego postępowania i jego powtórzenie, a tym samym możliwość wykorzystania informacji niemal 1:1), ale również w szerszym wymiarze – tj. na potrzeby innych postępowań o analogicznym lub zbliżonym przedmiocie i opartych na podobnych warunkach realizacji zamówienia. SOFTIQ wskazuje tu, że to know-how zostało wypracowane przez nas w toku naszej dotychczasowej działalności, co wymagało zainwestowania naszego czasu, wysiłków i środków, co stanowi realny koszt wypracowania tych informacji. Natomiast ujawnienie tego know-how wiązałoby się z ryzykiem utraty wymiernych dochodów na przyszłość. W tym przypadku więc tajemnica chroni przede wszystkim naszą zdolność konkurowania na rynku oraz wypracowaną metodykę wyceny takich usług. W wyroku z 6.03.2023 r. (KIO 448/23) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Wartością gospodarczą zastrzeżonych informacji nie jest sama wartość rynkowa spółki, ale możliwość korzystania z wypracowanych doświadczeniem zasobów podmiotu, które przekładają się na osiągnięty zysk. Zauważyć należy, że poznanie strategii budowania ceny przez firmy funkcjonujące w tym samym sektorze może spowodować utratę korzyści w postaci przyszłych kontraktów, co przełoży się na całokształt działalności biznesowej. Dodatkowo same wyjaśnienia cenowe wskazują na poziom stosowanej marży, który uważany jest za mogący stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dodatkowo w związku z poniesieniem wyżej wspomnianych nakładów na wypracowanie koncepcji wyceny przedmiotu zamówienia oraz związanej z tym metodyki wyceny i wyjaśniania wyceny, zapoznanie się przez konkurencję z tymi wyjaśnieniami skutkować będzie tym, że posiadają oni tę metodykę bez ponoszenia kosztów jej wypracowania. Z pewnością taka sytuacja wykracza poza dozwolone naśladownictwo i niesłusznie uprzywilejowuje podmioty, które mogą nabyć określoną wiedzę darmowo, podczas gdy SOFTIQ kalkulując cenę musi uwzględnić koszt wypracowania tej metodyki.

Dodatkowo także sam sposób wyjaśniania ceny stanowi wartość gospodarczą, gdyż jej prawidłowe wyjaśnienie pozwala na skuteczne ubieganie się o zamówienia przez SOFTIQ. Tymczasem podmioty nie dysponujące taką metodyką narażone są w wyższym stopniu na odrzucanie ich ofert, co niewątpliwie sprzyja SOFTIQ, zwiększając jej konkurencyjność. Niewątpliwie zatem stanowi to wartość gospodarczą.

Oprócz załączonej do Wyjaśnień tabeli, tajemnicę przedsiębiorstwa z powyższych przyczyn stanowią dane zawarte w przedłożonych przykładowych umowach z konsultantami lub pracownikami Wykonawcy. Podkreślić przy tym należy, że we wszystkich tych umowach znajdują się zobowiązania do zachowania poufności odnośnie postanowień umownych. Oznacza to, że Wykonawca uznaje te informacje za tajne, a ponadto że podjął stosowne kroki, aby nie mogły one zostać ujawnione.

Wartość gospodarcza, która nie zawsze musi być wyrażana w kwocie nominalnej, wszystkich zastrzeżonych informacji przejawia się zatem przede wszystkim w możliwości efektywnego konkurowania z innymi podmiotami działającymi na rynku właściwym oraz w tym, że Wykonawca poniósł szereg nakładów czasowych (a tym samym kosztowych) w celu wypracowania określonej metodyki kalkulacji ceny i budowy całego zespołu osób niezbędnych dla realizacji takiego zamówienia jak niniejsze.

Choć jak wskazano wyżej wartość gospodarcza informacji nie zawsze musi się wyrażać kwotą nominalną, to jednak SOFTIQ wycenia tajemnicę przedsiębiorstwa, jaką stanowią informacje zawarte w zastrzeżonych Wyjaśnieniach, na kwotę nawet do 35 mln zł (słownie: trzydzieści pięć mln złotych), tj. stanowiącą szacowaną równowartość 3 – letnich spodziewanych zysków Wykonawcy z tytułu realizacji zamówień o podobnym przedmiocie, jak objęty niniejszym postępowaniem.

Powyższa wycena wartości informacji została ustalona w związku z tym, że w razie ujawnienia tych informacji prawdopodobieństwo wystąpienia szkody jest duże. Istniałby również związek przyczynowy między faktem ujawnienia informacji w tym konkretnym postępowaniu przez tego Zamawiającego a szkodą, która wystąpi. Jak wynika z wiedzy Wykonawcy, w niedalekiej przyszłości planowane jest wszczęcie szeregu zamówień o podobnym przedmiocie zamówienia jak niniejsze, co więcej tego typu postępowania ogłaszane są cyklicznie, a zapotrzebowanie ze strony podmiotów publicznych na tego rodzaju usługi jest coraz większe. Informacje pozyskane przez konkurencyjnych wykonawców mogłyby im posłużyć do walki konkurencyjnej w tych postępowaniach. Szkodą w takim przypadku jest utracony zysk z takich niezyskanych zamówień. Taka przewidywana szkoda pokazuje z kolei wartość zastrzeżonych informacji.

W tym miejscu Wykonawca wskazuje, że załączone do niniejszego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wewnętrzne regulacje (Regulaminy, Polityka bezpieczeństwa) określają organizację pracy i funkcjonowania naszego przedsiębiorstwa, regulacje te wprost stanowią jego element organizacyjny. Wyżej opisane okoliczności dot. wartości gospodarczej wprost odnoszą się do Regulaminu i Polityk. Regulacje te zostały wypracowane w toku funkcjonowania i rozwoju SOFTIQ. W toku ich tworzenia oraz niezbędnych modyfikacji korzystaliśmy z usług profesjonalnych podmiotów – kancelarii prawnych, które w ramach zleceń jak i z uwagi na naturę swojej działalności

związane są tajemnicą zawodową. Organizacja wewnętrznego funkcjonowania naszej spółki opisana m.in. tymi regulacjami pozwala nam na określenie jasnych wymogów w odniesieniu do osób zatrudnionych, co przekłada się na harmonijną organizację pracy, a tym samym wprost przekłada się na zdolność świadczenia na zewnątrz konkurencyjnych usług intelektualnych, które są przedmiotem tego zamówienia.

Na dopuszczalność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa powyższych informacji wskazuje także orzecznictwo, w tym przede wszystkim orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO”). Przykładowo należy wskazać na rozstrzygnięcie zawarte w nw. wyrokach:

wyrok KIO z dnia 31.08.2018 r. (KIO 1618/18): Za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku;

wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 4.04.2014 r. (II SA/Wa 2406/13): Wobec tego, żądana informacja posiada dla przedsiębiorcy wartość ekonomiczną wówczas, gdy jej wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski, pozwoli pozyskać nowych klientów, itp.;

wyrok KIO z dnia 23.11.2021 r. (KIO 3334/21): Skoro zastrzeżone informacje referują do doświadczenia przy długoletniej realizacji podobnych umów i stanowią know-how wykonawcy, to mają one wymierną wartość gospodarczą, bowiem wpływają na konkurencyjność wykonawcy na rynku oraz mają bezpośrednie przełożenie na jego przychody;

wyrok KIO z dnia 6.12.2021 r. (KIO 3334/21): Informacje pokazujące sposób budowania ceny oferty spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają nie tylko charakter gospodarczo-handlowy oraz organizacyjny przedsiębiorstwa, ale zawierają szczegółowe informacje na temat stosowanej polityki cenowej, a wiedza o zastrzeżonych zagadnieniach może mieć negatywny wpływ na jego pozycję rynkową;

wyrok KIO z dnia 28.12.2021 r. (KIO 3513/21): Sposób kalkulacji ceny oferty, przyjęte założenia, metodologia, warunki współpracy z dostawcami, sposób wykonywania tych usług stanowi wartość gospodarczą. Zapoznanie się z metodami ustalania kosztów, planowania zysków, doбором właściwych rozwiązań technicznych może zagrozić pozycji konkurencyjnej wykonawcy w przyszłości

wyrok KIO z dnia 20.03.2023 r. (KIO 649/23): „W odniesieniu jedynie do kalkulacji cenowych, w szczególności z uwagi na to, że kalkulacja cenowa zawiera jednostkowe szczegółowe dane finansowe odnośnie kosztów ponoszonych przez wykonawcę, wskazywany jest tam zysk (wynik ze sprzedaży) określony dla każdego elementu składającego się na przedmiot zamówienia, jak i w odniesieniu do całego kontraktu, marża dla każdego elementu, marża średnia itp., informacje takie mogą być skutecznie chronione przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa”;

[działania, które zostały podjęte przez Wykonawcę w celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów]

Przed wszystkim Wykonawca wskazuje, 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.

Podkreślenia wymaga, że Wykonawca podejmuje działania zmierzające do zachowania poufności wszystkich informacji objętych Wyjaśnieniami. W szczególności sposób kalkulacji ceny ofertowej, w tym wartość elementów składowych znane są bardzo ograniczonej grupie osób, osobom zarządzającym Wykonawcy oraz kluczowym współpracownikom. 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 taki obowiązek pracowników wynika m.in. z art. 100 Kodeksu pracy). Niezależnie jednak od tego wszyscy pracownicy Wykonawcy jak również osoby prowadzące działalność gospodarczą i współpracujące z Wykonawcą podpisują odrębne zobowiązanie do zachowania poufności. Dowód: treść oświadczenia o obowiązku zachowania poufności, której wymagamy od pracowników i współpracowników, treść Regulaminu pracy obowiązującego w SOFTIQ, określającego obowiązek pracowników w zakresie ochrony informacji zachowania poufności. Także sami pracownicy/ współpracownicy, którzy przewidziani zostali do realizacji tego konkretnego zamówienia w swych umowach, mają przewidziany zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (o czym świadczą załączone do Wyjaśnień dokumenty). Całość utajnionych dokumentów jest przechowywana w siedzibie Wykonawcy z zachowaniem 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. U Wykonawcy obowiązuje Polityka bezpieczeństwa, która ustanawia odpowiednie środki

techniczne ochrony danych. Dowód: Polityka bezpieczeństwa obowiązująca w SOFTIQ; Regulamin Ochrony Danych Osobowych obowiązujący w SOFTIQ.

Ponadto Wykonawca wskazuje, że w szczególności dba o zachowanie poufności zastrzeżonych informacji, także poprzez: zastrzeżenie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których Wykonawca bierze udział (a także, w których wcześniej brał udział); ograniczenie kręgu osób, które mają dostęp do ww. informacji do niezbędnego minimum obejmującego wyłącznie pracowników Wykonawcy i osoby, które uprzednio podpisały z Wykonawcą umowę o zachowaniu w poufności tych informacji; cykliczne przypominanie pracownikom Wykonawcy o treści art. 100 § 2 pkt 4 i 5 Kodeksu pracy, zgodnie z którym pracownik jest obowiązany w szczególności: dbać o dobro zakładu pracy, chronić jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę, a także – przestrzegać tajemnicy określonej w odrębnych przepisach; cykliczne szkolenia pracowników oraz osób, z którymi Wykonawca współpracuje, z wewnętrznych procedur obejmujących zasady postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak widać katalog podejmowanych działań, które Wykonawca podjął w celu ochrony poufności informacji jest rozbudowany i wielopłaszczyznowy, a ich wspólnym celem jest kompleksowa ochrona i zachowanie w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podsumowując, zastrzeżone przez Wykonawcę informacje nie mogą dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Jak już wskazano powyżej podjęte zostały odpowiednie działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy, m.in. dane te nie są podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, w szczególności na stronach internetowych, a system informatyczny, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem. Ponadto pracownicy dopuszczeni do ww. informacji, zostali poinformowani o ich poufnym charakterze i podpisali zobowiązania o zachowaniu poufności.

[podsumowanie]

Ponownie należy podkreślić, że wszystkie zastrzeżone dane są danymi bardzo wrażliwymi dla działalności Wykonawcy oraz możliwości zachowania konkurencyjności na rynku.

Ujawnienie informacji zawartych w Wyjaśnieniach narazić może Wykonawcę na wymierne i znaczne szkody finansowe. Niniejsze zastrzeżenie wraz z uzasadnieniem spełnia wymogi zarówno formalne jak i merytoryczne określone w przepisach Pzp, albowiem w sposób wyczerpujący uzasadniają, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podsumowując powyższe należy wskazać, że informacje zawarte w zastrzeżonych Wyjaśnieniach, zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem spełniają łącznie wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., tj.: są informacjami organizacyjnymi lub finansowymi, posiadają wartość gospodarczą dla Wykonawcy, 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, Wykonawca, co do zastrzeżonych informacji podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W świetle powyższego Wykonawca zwraca się z wnioskiem o nieodtajnianie zastrzeżonych dokumentów.”

Zamawiający w dniu 28 stycznia 2025 r. powiadomił Odwołującego yaarl o odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z kalkulacją, tj. informacji zawartych w pliku 01.Wyjaśnienia RNC część_2 w całości. Zamawiający nie odtajnił dowodów załączonych do wyjaśnień ani do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tym samym dniu Zamawiający powiadomił Odwołującego Softiq odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z kalkulacją, tj. informacji zawartych w części niejawniej wyjaśnień (część II – szczegółowe wyjaśnienia kalkulacji ceny ofertowej) z wyłączeniem nazwy podwykonawcy oraz w załączniku 1 - Kalkulacja średniej ceny roboczogodziny. Zamawiający nie odtajnił pozostałych dowodów załączonych do wyjaśnień ani do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

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

Obaj Odwołujący zarzucili naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., wskazując, że Zamawiający nieprawidłowo uznał za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje zawarte w wyjaśnienia dotyczących wyliczenia ceny, w tym w kalkulacjach znajdujących się w treści wyjaśnień bądź do nich załączonych. Zamawiający w stosunku do obu wykonawców zdecydował się odtajnić informacje należące do tej samej kategorii, tj. informacje zawarte w pismach zawierających wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a w przypadku Odwołującego Softiq także w załączniku nr 1 do wyjaśnień, w którym zawarto kalkulację średniej

ceny roboczogodziny (Odwołujący yaarl przedstawił taką kalkulację w treści pisma, a nie w formie załącznika). Zamawiający nie odtajnił dowodów załączonych do wyjaśnień, nie odtajnił również dowodów załączonych do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji zarówno argumentacja Odwołujących, jak i Zamawiającego w obu sprawach była w znacznej mierze zbieżna, dlatego też Izba odniesie się do obu odwołań w sposób łączny.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie zaś z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp 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 .

Jak wynika z powyższych przepisów naczelną zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawnie tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca sprostali obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest uwiarygodnić wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. 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. W konsekwencji wykonawca zobowiązany jest zastrzec, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazać, że po pierwsze dane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie 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, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tych informacji działania w celu utrzymania ich w poufności. Wszystkie wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Zakresem zaskarżenia w rozpoznawanej sprawie objęto czynność Zamawiającego polegającą na ocenie przedstawionego przez wykonawcę yaarl i wykonawcę Softiq uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedmiotem oceny Izby jest zatem stwierdzenie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawcy nie sprostali obowiązkowi wykazania przesłanek warunkujących objęcie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa opisanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

W oparciu o treść uzasadnień, jakie obaj Odwołujący przedstawili zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła, że Zamawiający należycie zweryfikował, że uzasadnienia te nie wykazują wartości gospodarczej informacji zawartych w pismach stanowiących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz w kalkulacji załączonej do wyjaśnień Odwołującego Softiq jako załącznik nr 1. Izba uznała, że Zamawiający w sposób wnikliwy pochylił się nad przedstawionymi przez wykonawców uzasadnieniami i odtajnił tylko część informacji, respektując i odpowiednio wyważając zarówno interesy wykonawców, jak i zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie składu orzekającego żaden z Odwołujących nie objął tajemnicą przedsiębiorstwa wyłącznie zindywidualizowanych, konkretnych informacji, lecz każdy utajnił całą zasadniczą merytoryczną treść wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i wszystkie załączone do tych wyjaśnień dowody. Odwołujący yaarl ujawnił co prawda część 1 wyjaśnień, tj. plik 00.Wyjaśnienia RNC część 1 Jawna, niemniej to pismo stanowiło jedynie krótkie pismo przewodnie zawierające ogólne zapewnienia wykonawcy i odniesienie do cen zaoferowanych przez innych wykonawców w postępowaniu. Pełną treść pozostałych dokumentów, tj. części 2 wyjaśnień (plik 01.Wyjaśnienia RNC część 2 TP) oraz wszystkich załączonych do wyjaśnień dowodów objęto tajemnicą przedsiębiorstwa. W podobny sposób działał Odwołujący Softiq, przy czym w jego przypadku część 1 – ogólna, jawna, zawierająca opis doświadczenia i potencjału

firmy znajdowała się w tym samym piśmie co część 2 – szczegółowe wyjaśnienia ceny. Odwołujący Softiq w praktyce zatem, podobnie jak yaarl, również zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całą treść części 2 wyjaśnień oraz pełną treść dokumentów stanowiących dowody, a nie zindywidualizowane, określone informacje.

Tymczasem jak wskazano m.in. w wyroku Izby z dnia 9 sierpnia 2024 r., sygn. akt KIO 2444/24, 2450/24, „art. 18 ust. 3 ustawy Pzp musi być interpretowany i stosowany w sposób ścisły. Co za tym idzie, w ten sam sposób należy interpretować określone w tym przepisie okoliczności, których wystąpienie zobowiązuje zamawiającego do nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k., a przede wszystkim użyty w nim wyraz „informacji” – który należy rozumieć jako określoną informację, a nie dokument. Biorąc ponadto pod uwagę, że również w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. jest mowa o informacji, a nie o dokumencie, konieczne jest stwierdzenie, że art. 18 ust. 3 ustawy Pzp uprawnia do nieujawniania określonej informacji, a nie dokumentu zawierającego tą informację - co należy mieć na względzie jako „punkt wyjścia” przy dokonywaniu oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.” Żaden z wykonawców nie zidentyfikował konkretnych informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz zastrzegł całą treść części szczegółowej (drugiej) wyjaśnień oraz całe foldery z plikami zawierającymi dowody. Jak podnosi się w orzecznictwie takie działanie jest nie tylko niezgodne z przepisami ustawy Pzp, ale także utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie (tak m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21) Słusznie zwracał uwagę Zamawiający w postępowaniu odwoławczym, że na podstawie przedstawionych przez yaarl i Softiq uzasadnień nie da się jednoznacznie przyporządkować, który argument używany jest w stosunku do której zastrzeganej informacji. W ocenie Izby samo wyodrębnienie przez wykonawców części ogólnej wyjaśnień (części 1) jako jawnej nie czyni zadość wynikającym z orzecznictwa wytycznym kwestionującym prawidłowość zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa pełnej treści dokumentów. Zastrzeżenie powinno się odnosić wyłącznie do poszczególnych, ściśle zidentyfikowanych informacji, ponieważ uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Uprawnienie to nie może być traktowane jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów i ich następczego, ewentualnego kwestionowania. Każdy z wykonawców mógł odpowiednio przygotować treść wyjaśnień tak, aby nie ujawniać wyłącznie informacji o newralgicznym znaczeniu, np. zaczernić, wyciąć czy zanonimizować kluczowe dane.

Dalej należy wskazać, że argumentacja zawarta przez Odwołujących w uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została oparta w zasadniczej mierze na zwykłych zapewnieniach i subiektywnym przekonaniu wykonawców, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty zawierają informacje stanowiące taką tajemnicę. Za „wykazanie”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie może być uznane gołosłowne zapewnienie, że treść wyjaśnień czy kalkulacja ceny ma wartość gospodarczą. Jak wskazano m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 46/23, „decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana informacja nie była jeszcze publicznie znana, jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz informacja ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyk danej branży. Nie wystarczy jedynie oświadczyć, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Trzeba jeszcze stosownie do okoliczności konkretnej sprawy udowodnić czy co najmniej uprawdopodobnić taki stan rzeczy. Wykonawca winien przy skorzystaniu z każdego możliwego środka dążyć do szczegółowego opisanego straty, jaką może ponieść w wyniku ujawnienia zastrzeżonych informacji.” Podobnie w wyroku KIO z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 623/23, zauważono, że „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 jako tajemnica przedsiębiorstwa. (...) Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.”

Odwołujący yaarl w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawarł ogólne stwierdzenia takie jak: „zastrzegane informacje stanowią elementy modelu kalkulacji ceny oferty, wypracowanego w całości przez yaarl. Strategia cenowa Spółki powstała w oparciu o doświadczenie, przyjęte rozwiązania, wdrożone procedury, a także koncepcje techniczne i organizacyjne stanowiące swoiste know-how Spółki. Sukces Spółki na polu zamówień

publicznych w całości uzależniony jest od odpowiedniego dobrania elementów cenotwórczych i umiejętnego ich wykorzystania”, „Informacje te mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez Spółkę.” czy „Sposób kalkulacji ceny oferty stanowi swoiste know-how yarrl, gdyż opiera się na wiedzy i doświadczeniu Spółki, przy czym wiedza ta i doświadczenie są odrębne i charakterystyczne dla Spółki.” Powyższe stanowi nic innego jak subiektywne przekonanie Odwołującego yaarl o wartości gospodarczej informacji, a nie wykazanie tej wartości. Izba wskazuje, że każda kalkulacja ceny będzie efektem doświadczenia wykonawcy i pewnej wypracowanej przez niego koncepcji, co nie oznacza samo w sobie, że posiada ona wartość gospodarczą, czyli stanowi źródło jakichś zysków dla wykonawcy czy pozwala na zaoszczędzenie określonych kosztów. Odwołujący yaarl nie wskazał z czego wywodzi, że przyjęty przez niego sposób kalkulowania ceny jest w jakiś sposób wyjątkowy, unikalny, na tyle niespotykany i oryginalny, że poznanie go przez innych wykonawców faktycznie mogłoby wpłynąć negatywnie na przewagę konkurencyjną wykonawcy yaarl. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo zauważył, że Odwołujący yaarl nie wykazał tego „unikatowego modelu kalkulacji”, na który powoływał się w uzasadnieniu. Przedmiotem zamówienia jest typowa usługa outsourcingu specjalistów IT, zasadniczym elementem cenotwórczym jest koszt wynagrodzenia specjalistów. Oczywistym jest, że na stawkę roboczogodziny pracy danego specjalisty składać się będą więc koszty pracownicze oraz narzuty na pozostałe koszty (zysk oraz koszty pośrednie, np. koszty biura, koszty zarządu, etc.). Odwołujący yaarl nie wykazał, aby w treści wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny znalazły się faktycznie jakieś wyjątkowo kluczowe, strategiczne informacje, nie wskazał żadnych konkretnych fragmentów wyjaśnień czy tabeli z kalkulacjami, które miałyby tego rodzaju dane zawierać. Zamiast tego przedstawił ogólne uzasadnienie, zastrzegając pełną treść części 2 wyjaśnień mimo, że znalazł się tam szereg informacji, które już na pierwszy rzut oka są informacjami jawnymi, jak np. stawki oferowane przez innych wykonawców, wynikające z formularzy ofertowych.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący yaarl wskazuje, że „wartość gospodarcza informacji wynikających z wyjaśnień przejawia się również w tym, że ujawnienie sposobu kalkulacji stawek specjalistów, kosztów, które yarrl w nich uwzględni oraz także podmiotów i osób współpracujących z yarrl może powodować, że Spółka nie będzie w stanie złożyć konkurencyjnej oferty ani w kolejnych postępowaniach, ani w odpowiedzi na zapytanie do zawarcia umów wykonawczych. To z kolei może zachwiać pozycją rynkową Spółki i doprowadzić do obniżenia jej przychodów.” Yaarl upatruje także szkody „w potencjalnej utracie przyszłych zamówień, jeżeli inny podmiot dokonałby kalkulacji w oparciu o sposób kalkulacji ceny oferty przez Spółkę i zaoferowałby ceny korzystniejsze niż Spółka w wyniku przejścia tajemnicy przedsiębiorstwa.” Odwołujący yaarl nie wyjaśnił dlaczego ujawnienie tych informacji miałyby faktycznie przekładać się na utratę przewagi konkurencyjnej wykonawcy. Teza ta nie została ani szerzej uzasadniona, ani wykazana. W ocenie Izby okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Odwołujący yaarl skalkulował cenę na potrzeby tego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Odwołującego yaarl i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, zwłaszcza, że każdy z wykonawców może przecież poznać stawki zaoferowane przez yaarl za roboczogodzinę pracy poszczególnych specjalistów, zostały one bowiem podane w formularzu ofertowym. Wysokość przyjmowanych przez wykonawców kosztów pośrednich jest zależna od wielkości czy struktury organizacyjnej danego przedsiębiorstwa i wartości przyjmowane przez yaarl nie będą przekładać się jeden do jednego na sytuację innych wykonawców. W ocenie Izby samo stwierdzenie, że „ujawnienie tych informacji pozwoliłoby innym wykonawcom na przyjęcie podobnej kalkulacji, co w ostateczności doprowadziłoby do skalkulowania ceny oferty w oparciu o unikatowy model znany jedynie Spółce, a co za tym idzie przyczyniłoby się do utraty przez Spółkę przewagi konkurencyjnej” w praktyce niczego nie wyjaśnia i stanowi jedynie gołosłowną opinię Odwołującego yaarl. Jak wskazano już wcześniej, Odwołujący yaarl nie uprawdopodobnił, że jego sposób kalkulacji ceny rzeczywiście stanowi „unikatowy model”, a co za tym idzie, że faktycznie jego poznanie przez innych wykonawców mogłoby wpłynąć na utratę przewagi konkurencyjnej. Wykonawca nawet nie wyjaśnił w czym przejawiać miałyby się ta jego „przewaga”, sam fakt złożenia oferty korzystniejszej cenowo od innych ofert w tym konkretnym postępowaniu, samoistnie o tym nie świadczy.

Słusznie także zauważył Zamawiający, że w przedstawionym uzasadnieniu Odwołujący yaarl powołuje się na niemożność (w przypadku ujawnienia treści wyjaśnień) złożenia ofert w odpowiedzi na zapytanie do zawarcia umów wykonawczych oraz na okoliczność, że „przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej a dopiero później umów wykonawczych. Oferty składane na zawarcie poszczególnych umów wykonawczych nie mogą być mniej korzystne a więc ujawnienie sposobu kalkulacji stawek specjalistów na tym etapie postępowania, może spowodować, że konkurencja będzie w stanie oszacować potencjalne stawki jakie może zaoferować yarrl w ofertach na umowy wykonawcze a w konsekwencji może się to przyczynić do utraty przewagi konkurencyjnej Spółki opartej o jej unikalny sposób wyceny elementów ceny przez wykorzystanie tych informacji w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.” Odwołujący yaarl również upatruje szkody spółki w „potencjalnej utracie możliwości realizacji zamówień wykonawczych w tym postępowaniu, jeżeli doszłoby do przejścia specjalistów już w ramach realizacji umowy

ramowej, zawartej w tym postępowaniu.”

Powyższe pokazuje, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie przedstawił wykonawca yaarl nie zostało zindywidualizowane na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Postępowanie to nie dotyczy zawarcia umowy ramowej, a stawki oferowane za zapewnienie konkretnych specjalistów są znane, wykonawcy musieli je bowiem podać w formularzu ofertowym. W ocenie Izby przedstawione uzasadnienie nie odnosi się do konkretnej treści wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych w tym postępowaniu. Izba nie neguje możliwości posłużenia się w celu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przygotowanym uprzednio wzorem, niemniej od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, będącego podmiotem profesjonalnym, oczekuje się dołożenia należytej staranności i dostosowania danego uzasadnienia do realiów konkretnego postępowania oraz zindywidualizowania zastrzeżonych informacji.

Wszystko powyższe doprowadziło Izbę do przekonania, że Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący yaarl nie wykazał wartości gospodarczej informacji zawartych w dokumencie 01.Wyjaśnienia RNC część 2 TP.

Pozostała treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Odwołującego yaarl w kontekście wartości gospodarczej informacji referowała do prowadzonej przez Spółkę polityki pozyskiwania pracowników/współpracowników oraz ustalonych wynagrodzeń, a także do wskazania na ryzyko poniesienia szkody w przypadku przejścia specjalistów i związanych z tym dodatkowych kosztów rekrutacji. Zamawiający nie zdecydował się jednak odtajnić dowodów załączonych do wyjaśnień, które odnoszą się do kwestii zatrudnienia pracowników, wobec czego ta część uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia. Prawidłowość stanowiska Zamawiającego w powyższym zakresie nie podlega ocenie Izby w tym postępowaniu odwoławczym. W konsekwencji irrelewantne dla rozstrzygnięcia pozostają złożone przez Odwołującego yaarl podczas rozprawy dowody mające wykazać próby przejścia pracowników Odwołującego. Same wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (plik 01.Wyjaśnienia RNC część 2 TP), które Zamawiający zdecydował się odtajnić, przedstawiają tylko rozbieżności cenowe stawek wynagrodzenia specjalistów wskazanych w formularzu ofertowym i nie odnoszą się personalnie do osób, z którymi współpracuje Odwołujący yaarl.

Przechodząc do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Odwołującego Softiq Izba w pierwszej kolejności, w ślad za Zamawiającym, wskazuje, że tożsame uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak złożone przez Softiq w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, było już poddane ocenie Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 2533/24, która dotyczyła innego postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez PFRON (Zamawiającego). Zostało ono złożone co prawda przez inny podmiot (JCODE Sp. z o.o.) niemniej nie było okolicznością sporną to, że ww. spółka i Odwołujący Softiq Sp. z o.o. są podmiotami, które ze sobą współpracują (pełnomocnikiem obu spółek w postępowaniach była ta sama osoba). W wyroku z dnia 9 sierpnia 2024 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2533/24 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez wykonawcę JCODE w ramach wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (z wyłączeniem informacji dotyczących wysokości stosowanej marży i umów z pracownikami/konsultantami, które nie były objęte zakresem zaskarżenia). Jak prawidłowo zauważył Zamawiający, przedstawione przez JCODE i Softiq uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa różnią się jedynie nieznacznie: uzasadnienie złożone przez Softiq zawiera dwa dodatkowe akapity – jeden odnoszący się do poniesienia nakładów na wypracowanie koncepcji wyceny a drugi zawierający wskazanie, że sam sposób wyjaśnienia ceny stanowi wartość gospodarczą. Poza powyższym oba uzasadnienia różnią się tylko kwotą, na jaką wykonawcy szacują wartość gospodarczą informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Co znamienne, zostały one złożone w postępowaniach o różnym przedmiocie – firma JCODE brała udział w postępowaniu na usługę utrzymania komponentu integracyjnego oraz implementację integracji pomiędzy systemami zewnętrznymi i systemami wewnętrznymi PFRON (czyli w postępowaniu na usługi informatyczne), przedmiotowe postępowanie z udziałem Odwołującego Softiq obejmuje zaś usługi outsourcingu pracowników IT, czyli tzw. body-leasing. Wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców – w części obejmującej „wyjaśnienia szczegółowe” zawierały inne informacje, odnoszące się do charakterystyki danego zamówienia. W wyroku z dnia 9 sierpnia 2024 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2533/24 Izba wskazała m.in., że „uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy w ocenie Izby ma ogólny charakter i nie odnosi się w sposób konkretny do informacji i dokumentów objętych zastrzeżeniem”, „uzasadnienie to nie dotyczy konkretnej treści wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i dowodów złożonych w tym postępowaniu.” Powyższe stanowisko Izby wprost odnosi się do realiów obecnie rozpoznawanej sprawy, działanie Softiq bowiem tylko potwierdziło ustandaryzowany, sztamkowy charakter uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro wykonawca przedstawił takie same uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach mimo, że ich szczegółowa część – z uwagi na różne przedmioty zamówienia – w dużej mierze obejmowała inne dane, to nie sposób uznać, aby Odwołujący Softiq podszedł do

wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób zindywidualizowany i dostosował przedstawiane uzasadnienie do tych konkretnych informacji, które objął teraz poufnością.

Dalej należy wskazać, że skoro oba pisma zawierająca wyjaśnienia podpisała ta sama osoba, to Odwołujący Softiq składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny miał świadomość, że ich część (zaznaczona kolorem żółtym przez Zamawiającego w wyjaśnieniach JCODE z 19 czerwca 2024 r. – dowód załączony do odpowiedzi na odwołanie) powtarza się z informacjami zawartymi w wyjaśnieniach Softiq z 2 stycznia 2025 r., m.in. w zakresie fragmentu dotyczącego usług wynajmu zespołu specjalistów i zasad wyliczania kosztów ogólnych, które to informacje na mocy wyroku z dnia 9 sierpnia 2024 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2533/24 stały się jawne. Mimo tego Softiq w przedmiotowym postępowaniu zastrzegł pełną treść wyjaśnień szczegółowych, a nie przykładowo same wartości kosztowe (stawki) przyjęte w kalkulacji.

Odnosząc się do treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Odwołującego Softiq Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w ww. wyroku z dnia 9 sierpnia 2024 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2533/24, gdzie wskazano w szczególności, że „co do zasady, kalkulacja ceny oferty nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, chyba że wykonawca będzie w stanie wykazać zasadność objęcia tego zakresu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie jest jednak wiadome, na czym miałyby polegać ten unikalny model kalkulacji. [Wykonawca] nie wskazał, w jakim zakresie zastosował jakieś powtarzalne metody wyceny. Nie można na zamawiających przerzucać ciężaru poszukiwania takich unikatowych metod wyceny w wyjaśnieniach wykonawcy, który zaniechał obowiązkowi spoczywającemu na nim w tym zakresie. (...) Zapewnienia [Wykonawcy] nie tłumaczą, w jaki sposób ujawnienie informacji mogłoby faktycznie wpłynąć na jego pozycję konkurencyjną, są one hipotetyczne i niewykazane. Twierdzenia mają uniwersalny charakter, który adekwatny byłby w jakimkolwiek postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Trudnym też do przyjęcia jest założenie, że w przypadku ujawnienia danych, [Wykonawca] poniesie szkodę w postaci utraty zysku z nieuzyskanych, przyszłych zamówień. Logicznym wydaje się być, iż każdy wykonawca dokonuje własnej kalkulacji cenowej w zależności od swojej indywidualnej sytuacji gospodarczej w konkretnym czasie. Natomiast ujawnienie kalkulacji innego wykonawcy w konkretnym postępowaniu, nie spowoduje automatycznie, iż dany wykonawca przemodeluje swoje metody wyceny w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań. Jest to jedynie hipotetyczne założenie wykonawcy, które nie zostało wykazane (...). Samo więc zapewnienie przez [Wykonawcę], że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach mają wartość gospodarczą nie jest elementem wystarczającym, aby zakwalifikować, że informacje te mają wartość gospodarczą.”

Izba wskazuje, że Odwołujący Softiq przedstawił w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie ogólne stwierdzenia takie jak: „Sposób kalkulacji ceny, w tym wskazany poziom kosztów i marż, zapewniający Wykonawcy optymalizację zysków stanowi oczywiście know-how przedsiębiorcy”, „ten wypracowany sposób wyceny oraz wskazane poziomy marży i kosztów stanowią bardzo istotną dla Wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwalają na budowę jego konkurencyjności nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży.”, „Informacje, dotyczące przyjętej przez Wykonawcę metodyki kalkulacji ceny, zapewniającej mu przewagę rynkową, stanowią know-how naszego przedsiębiorstwa.”, „sam sposób wyjaśniania ceny stanowi wartość gospodarczą, gdyż jej prawidłowe wyjaśnienie pozwala na skuteczne ubieganie się o zamówienia przez Softiq.” Powyższe stanowi nic innego jak subiektywne przekonanie Odwołującego Softiq o wartości gospodarczej informacji, a nie wykazanie tej wartości. Izba wskazuje, że każda kalkulacja ceny będzie efektem doświadczenia wykonawcy i pewnej wypracowanej przez niego koncepcji, co nie oznacza samo w sobie, że posiada ona wartość gospodarczą, czyli stanowi źródło jakichś zysków dla wykonawcy czy pozwala na zaoszczędzenie określonych kosztów. Odwołujący Softiq powołuje się na oczywistość takiego know-how, a jednocześnie w ogóle nie wykazuje wyjątkowości swojej metodyki wyceny. Trudno stwierdzić z czego konkretnie Odwołujący Softiq wywodzi, że przyjęty przez niego sposób kalkulowania ceny jest na tyle niespotykany i oryginalny, że poznanie go przez innych wykonawców faktycznie mogłoby wpłynąć negatywnie na przewagę konkurencyjną wykonawcy Softiq. Przedmiotem zamówienia jest typowa usługa outsourcingu specjalistów IT, zasadniczym elementem cenotwórczym jest koszt wynagrodzenia specjalistów. Oczywistym jest, że na stawkę roboczogodziny pracy danego specjalisty deklarowaną w formularzu cenowym składać się będą koszty pracownicze oraz pewne narzuty (koszty pośrednie, zysk). Odwołujący Softiq nie wykazał, aby w treści wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny znalazły się faktycznie jakieś wyjątkowo kluczowe, strategiczne informacje. Zamiast tego przedstawił ogólne uzasadnienie, zastrzegając pełną treść części szczegółowej wyjaśnień oraz kalkulacji załączonej do wyjaśnień. W treści odwołania Softiq również - poza wyrażeniem, że „jest przekonany, że wypracował unikatowy sposób wyjaśnienia ceny” - nie przedstawił rzeczowej i wiarygodnej argumentacji, w czym ta unikatowość faktycznie się przejawia.

Ponadto w ocenie Izby Odwołujący Softiq nie uprawdopodobnił tego, że ujawnienie zastrzeżonych informacji miałyby faktycznie przekładać się na utratę przewagi konkurencyjnej wykonawcy. Teza ta nie została ani szerzej

uzasadniona, ani wykazana. Samo stwierdzenie, że „gdyby podmioty konkurencyjne miały świadomość tych kosztów mogłyby podejmować próby przyjmowania podobnych kosztów lub co najmniej antycypowania poziomu cen oferowanych przez Wykonawcę, co wpłynęłoby negatywnie na konkurencyjność Softiq na przyszłość” stanowi wyłącznie czysto hipotetyczne, niczym nie poparte, przypuszczenia wykonawcy. W ocenie Izby doliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Odwołujący Softiq skalkulował cenę na potrzeby tego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Odwołującego Softiq i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, zwłaszcza, że każdy z wykonawców może przecież poznać stawki zaoferowane przez Softiq za roboczogodzinę pracy poszczególnych specjalistów, które zostały podane w formularzu ofertowym, a metoda wyliczania kosztów ogólnych została już częściowo ujawniona na mocy wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 2533/24.

W tym stanie rzeczy Izba doszła do przekonania, że Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący Softiq nie wykazał wartości gospodarczej informacji zawartych w części niejawniej wyjaśnień (część II – szczegółowe wyjaśnienia kalkulacji ceny ofertowej) oraz w załączniku 1 - Kalkulacja średniej ceny roboczogodziny.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że oba odwołania podlegają oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z uwagi na oddalenie odwołań w całości Izba kosztami postępowania obciążyła obu Odwołujących, zasądzając od każdego z nich na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w każdej ze spraw.

Przewodnicząca:.....