

Sygn. akt: KIO 2287/23

## WYROK

z dnia 18 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **DGP Clean Partner sp. z o.o., 4 OP sp. z o.o., CTG sp. z o.o.** z siedzibą lidera w Warszawie, ul. Żytnia 15/23, 00-014 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Wrocławski**, pl. Uniwersytecki 1, 50-137 Wrocław

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Mega-Service” sp. z o.o., Mega Service Plus sp. z o.o.** z siedzibą lidera w Katowicach, ul. Panewnicka 375, 40-773 Katowice zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu załączników nr 2, 3, 4, 5 do wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Mega-Service” sp. z o.o., Mega Service Plus sp. z o.o. z siedzibą lidera w Katowicach;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Mega-Service” sp. z o.o., Mega Service Plus sp. z o.o. z siedzibą lidera w Katowicach, którzy zgłosili sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Mega-Service” sp. z o.o., Mega Service Plus sp. z o.o. z siedzibą lidera w Katowicach na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: DGP Clean Partner sp. z o.o., 4 OP sp. z o.o., CTG sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczzonego przez odwołującego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

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

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 2287/23

### Uzasadnienie

Uniwersytet Wrocławski (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe utrzymanie czystości w pomieszczeniach wraz z myciem okien, obsługą szatni i sprzątnięciem posesji wokół budynku Gmachu Głównego Uniwersytetu Wrocławskiego przy pl. Uniwersyteckim 1 we Wrocławiu”, numer referencyjny: BZP. 2711.10.2023.IWK. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 kwietnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 084-259033.

24 lipca 2023 r. Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania, zaś w dniu 27 lipca 2023 r. przekazał

wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: DGP Clean Partner sp. z o.o., 4 OP sp. z o.o., CTG sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie (dalej łącznie: „Odwołujący”) informację o odmowie udostępnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Mega-Service” sp. z o.o., Mega Service Plus sp. z o.o. z siedzibą lidera w Katowicach (dalej: Wykonawca”), których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 74 Pzp w zw. z art. 73 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1233 z późn.zm. dalej jako „ustawa o znk”) w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o znk w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 17 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, 8, 10 w zw. z art. 239 Pzp poprzez:

a) błędną ocenę i błędne uznanie skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości informacji znajdujących się w dokumentach oznaczonych przez Wykonawcę, tj.:

– załącznik nr 2 - „wyjaśnienia i opis elementów wpływających na cenę –,

– załącznik nr 3 - Faktura Zakupu ozonator Korona A40 oraz karta techniczna sprzętu,

– załącznik nr 4 - Faktura Zakupu ozonator Kastellsept OZON Spray oraz ulotka informacyjna,

– załącznik nr 5 – Stan magazynowy na 16.06.2023 oraz faktura zakupu płynu do dezynfekcji powierzchni i rąk,”

złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp (w szczególności takich jak szczegółowa kalkulacja ceny i wszystkich jej składowych, zestawienie porównawcze kosztów) polegającą w szczególności na przyjęciu, że całość treści ww. dokumentów (wszystkie informacje zawarte ww. dokumentach) podlega utajnieniu, że Wykonawca prawidłowo oznaczył informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca prawidłowo wykazał, iż informacje zawarte w ww. dokumentach spełniają przesłanki z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ustawa o znk”), Wykonawca przedłożył dowody potwierdzające spełnienie przesłanek z art. 11 ustawy o znk, w konsekwencji:

b) zaniechanie uznania za bezskuteczne dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w przywołanych powyżej dokumentach,

c) zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) informacji zawartych w ww. dokumentach,

d) zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji znajdujących się w ww. dokumentach

mimo, iż:

(1) dokonane zastrzeżenie jest bezpodstawne,

(2) Wykonawca nieprawidłowo oznaczył informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, informacje te z uwagi na ich treść nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o znk, nie przedstawiają wartości gospodarczej, są jednorazowe z uwagi na możliwości ich wykorzystania wyłącznie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia a ich ujawnienie nie może narazić Wykonawcy na szkodę),

(3) przedstawione wraz z wyjaśnieniami ceny uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest ogólne, sztamkowe i nie odnosi się szczegółowo do uzasadnienia zastrzeżenia konkretnych informacji znajdujących się w poszczególnych załącznikach, nie identyfikuje konkretnych informacji z uzasadnieniem konieczności każdorazowego wykazania wobec każdej z informacji przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o znk, nie odnosi się do specyfiki zastrzeganych informacji,

(4) Wykonawca nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazał przesłanek opisanych w art. 11 znk, m.in., że są to informacje techniczne, organizacyjne, przedstawiają wartość gospodarczą, czy też podjęto w stosunku do nich uzasadnione działania zmierzające do zachowania informacji w poufności,

(5) nie zostały przedstawione żadne dowody potwierdzające spełnienie przesłanek z art. 11 ustawy o znk,

(6) Wykonawca nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

(7) wyłącznie niektóre informacje zawarte w ww. dokumentach mogły ewentualnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o znk,

(8) Wykonawca nie zachował spójności w klasyfikacji informacji i dokumentów jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, brak konsekwentnego zastrzegania informacji na każdym etapie postępowania w odniesieniu do tej samej kategorii informacji.

- e) wybór oferty Wykonawcy, której wyjaśnienia ceny zostały niezasadnie zastrzeżone, podczas gdy konsekwencją powyższych działań, jest brak możliwości weryfikacji czy oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, jest zgodna z warunkami zamówienia, nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji postawienie stosownych zarzutów w odwołaniu.

Ponadto powyższe doprowadziło do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady jawności, zasady przejrzystości jak również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez utajnienie informacji i dokumentów: (1) które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (2) co do których nie wykazano przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 22 stycznia 2016 r. o dostępie do informacji publicznej, (3) które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto sama decyzja od odmowie udostępnienia nie zawierała żadnego uzasadnienia, odmowę Odwołujący wywodzi z faktu nieudostępnienia ww. informacji zawartych w ww. dokumentach, nie są mu jednak znane motywy takiego postępowania Zamawiającego.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, uznaniu za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odmowie odtajnienia i udostępnienia informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w tym:
  - a) uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji zawartych w dokumentach oznaczonych przez Wykonawcę jako:
    - „wyjaśnienia i opis elementów wpływających na cenę – załącznik nr 2,
    - Załącznik nr 3 – Faktura Zakupu ozonator Korona A40 oraz karta techniczna sprzętu,
    - Załącznik nr 4 – Faktura Zakupu ozonator Kastellsept OZON Spray oraz ulotka informacyjna,
    - Załącznik nr 5 – Stan magazynowy na 16.06.2023 oraz faktura zakupu płynu do dezynfekcji powierzchni i rąk,”złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp,
  - b) dokonania czynności polegającej na odtajnieniu (ujawnieniu) całości informacji zawartych w przywołanych powyżej dokumentach a złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp,
  - c) udostępnienie Odwołującemu powyższych dokumentów i informacji.

W uzasadnieniu Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowe utrzymanie czystości w pomieszczeniach wraz z myciem okien, obsługą szatni i sprzątnięciem posesji wokół budynku Gmachu Głównego Uniwersytetu Wrocławskiego przy pl. Uniwersyteckim 1 we Wrocławiu. Szczegółowy zakres przedmiotowo-rzeczowy niniejszego postępowania określa opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”). Sposób realizacji przedmiotowego zamówienia został określony we wzorze umowy-załącznik nr 4 do SWZ. W SWZ i załącznikach do niego Zamawiający zawarł postanowienia odnoszące się do realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności wymóg, aby w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca lub podwykonawca zatrudniał na podstawie stosunku pracy osoby wykonujące wszystkie czynności wskazane w Opisie przedmiotu zamówienia, w zakresie realizacji zamówienia, polegające na wykonywaniu prac w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510). Ponadto według załącznika nr 1 do umowy pkt. VII ppkt. 4.1-4.6 Zamawiający wymaga, aby w zakresie pozycji „miesięczne wynagrodzenie za czynności związane z ogłoszonym na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanem zagrożenia epidemicznego lub stanem epidemii” personel wykonywał:

- „4.1. Dezynfekowanie: drzwi wejściowych (głównych oraz tylnych), klamek, poręczy, balustrad, stolików na korytarzach, dozowników na płyny dezynfekujące, włączników światła, pojemników na śmieci, w pomieszczeniach socjalnych blatów, zlewów, kranów, drzwi, etc.,
- 4.2. Uzupełnianie płynu dezynfekującego we wszystkich pojemnikach oraz pełna dezynfekcja toalet (drzwi, umywalek, luster, desek sedesowych, sedesów, spłuczek, etc.).

- 4.3. Dezynfekowanie wszystkich niewymienionych powierzchni kontaktowych/dotykowych w razie potrzeby na prośbę Kierownika Obiektu.
- 4.4. Uzupelnianie plynu do dezynfekcji rak do pojemnikow zlokalizowanych poza toaletami na terenie gmachu (13 szt.).
- 4.5. Firma sprzatajaca jest zobowiazana do zabezpieczenia swoich pracownikow w srodki ochrony osobistej: przylbice, jednorazowe maseczki, jednorazowe rękawiczki.
- 4.6. Firma sprzatajaca jest zobowiazana dostarczyc narzedzia do pracy (ręczniki jednorazowego uzytku, scierki, szczotki, mopy etc.) oraz wszystkie srodki do dezynfekowania posiadajace atesty uznawane na terenie UE (srodki) do dezynfekowania powierzchni, specjalistyczne srodki do dezynfekowania drewna lakierowanego, srodki do dezynfekowania sprzetu elektronicznego, srodki do dezynfekcji sanitariatow, specjalistyczne srodki do dezynfekowania izolatorium lub calego obiektu w razie potrzeby. Pracownikow firmy sprzatajacej obowiazuja zasady wynikajace z ustaw, rozporzadzen oraz zarzadzen wydawanych przez Stacje Sanitarno- Epidemiologiczna oraz wewnetrznych przepisow Zamawiajacego."

Ponadto Zamawiajacy oczekiwal zapewnienia w ramach uslugi srodkow zgodnie z zalacznikiem nr 3 do SWZ „Opis przedmiotu Zamowienia” pkt X ppkt. 2-4, 6. Okreslone przez Zamawiajacego wymogi w zakresie sposobu realizacji zamowienia, osob, srodkow (pkt X OPZ), sprzetu, uslug dodatkowych, godzin, w ktorych maja byc realizowane czynnosci, mialy wplyw na kalkulacje ceny przez wykonawcow.

Nastepnie, uzasadniajac brak skutecznosci zastrzezenia tajemnicy przez wykonawce, ktorego oferta zostala wybrana jako najkorzystniejsza, Odwolujacy podal w szczegolnosci, ze Zamawiajacy wezwal Wykonawce do wyjasnień ceny odnośnie pozycji zawartej w kolumnie 6 wiersz 3 dotyczacej wynagrodzenia brutto w zakresie miesiecznego wynagrodzenia za czynnosci związane z ogloszonym na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrozenia epidemicznego lub stanu epidemii. Wykonawca przedlozył wyjasnienia ceny, ktore w calosci zostaly zastrzezone jako tajemnica przedsiwiorstwa. Zakres utajnienia wyjasnień rażaco niskiej ceny Wykonawcy jako tajemnicy przedsiwiorstwa praktycznie uniemozliwia ich merytoryczna analize i ocene realnosci zaoferowanej ceny oraz jej prawidlowego wyliczenia. Wiecezosc z utajnionych informacji zostala utajniona z naruszeniem przepisow, bowiem nie stanowi tajemnicy przedsiwiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o znk. Utajnieniu moga podlegac jedynie konkretne informacje, pojedyncze dane, slowa, ktore spełniają wszystkie warunki, o ktorych mowa w art. 18 ust. 3 Pzp. Wykonawca, majac na uwadze treść art. 18 Pzp oraz art. 11 ustawy o znk, dokonujac zastrzezenia tajemnicy przedsiwiorstwa powinien uczynic to w odpowiednim momencie postepowania tj. wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji. Zgodnie z Pzp, ustawa o znk jak i utrwalonym w tym zakresie orzecznictwem KIO, aby dokonane zastrzezenie bylo skuteczne musi ono w momencie skladania informacji zawierac pelna argumentacje wskazujaca, ze przedstawione Zamawiajacemu informacje spełniają laczenie przeslanek ustawowe z art. 11 ustawy o znk. Nawet jesli dane informacje spełniają element tajemnicy przedsiwiorstwa, do ich skutecznego zastrzezenia niezbedne jest wykazanie tego przez wykonawce. Przedkladane zastrzezenie tajemnicy przedsiwiorstwa musi wykazywac ziszczenie sie laczenie wszystkich trzech przeslanek z art. 11 ustawy o znk w odniesieniu do wszystkich zastrzeganych informacji, dokumentow. Tylko ten, ktory dokonuje zastrzezenia wie, jakie sa podstawy tego zastrzezenia. Uzyte w art. 18 ust. 3 Pzp przez ustawodawce sformulowanie „wykazania”, nie oznacza wylaczenie „oswiadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymog „udowodnienia” czyli przedstawienia stosownych dowodow na poparcie twierdzen zawartych w uzasadnieniu zastrzezenia. Wykonawca dokonujac zastrzezenia winien przedstawic stosowne dowody potwierdzajace, ze zastrzegane informacje podlegaja ochronie ze wzgledu na swój charakter oraz ze legalna droga nie mozna ich uzyskac, a przedsiwiorca podjal niezbedne kroki w celu zachowania jej poufności, informacje stanowia wartosc gospodarcza.

Zdaniem Odwolujacego Zamawiajacy w sposob nieprawidlowy ocenil skutecznosc zastrzezenia informacji zawartych w zalacznikach od 2 do 5 do pisma Wykonawcy z 20 czerwca 2023 r., czym naruszył przepisy art. 18 ust. 1-3 Pzp, Wykonawca bowiem nie dokonal skutecznego zastrzezenia informacji, nie sprostal koniecznosci wykazania lacznego spełnienia przeslanek z art. 11 ustawy o znk a w konsekwencji pozbawil sie ochrony wynikajacej z mozliwosci zastrzegania informacji jako stanowijacej tajemnice przedsiwiorstwa. Wykonawca utajnia calosc wyjasnień ceny, tymczasem w treści uzasadnienia zastrzezenia odwołuje sie jedynie do kwestii doboru sprzetu i srodkow chemicznych. Uzasadnienie jest sztamponowym zastrzezeniem wykazu srodkow i sprzetu, nieadekwatnym do informacji zastrzeganych w postepowaniu. Nie ma w treści uzasadnienia ani jednego slowa o kategorii informacji o skladnikach cenotworczych zastrzeganych w wyjasnieniach ceny, a wyraźnie wskazanych przez Zamawiajacego w treści wezwania. Ponadto brak jest konsekwentnego zachowania Wykonawcy, skoro uznaje dobór sprzetu za dokonany w ramach swobody pozostawionej przez Zamawiajacego i w tym upatruje zasadnosc zastrzezenia informacji zawartych w wyjasnieniach ceny, to nieracjonalne jest ujawnienie w treści pisma z 20 czerwca 2023 r. nazw sprzetu przy opisie nazwy zalacznika nr

3 i 4, gdzie odpowiednio wskazano na ozonator Korona A40 i ozonator OZON Spray. Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia pisze o umowach z dostawcami, podczas gdy nie łączy żadnej z umów z dostawcami. Brak jest uzasadnienia dla zastrzeganych faktur. Jeżeli Wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w treści faktur powinien wobec nich również wykazać przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o znk. Wykonawca nie wykazał, aby z uwagi na specyfikę branży lub szczególne cechy przedmiotu zamówienia wiedza o podmiotach, z którymi współpracuje (nawet jeśli założyć, że pisząc o umowach z dostawcami miał na myśli przedstawione faktury, czy też wartości podane w wyjaśnieniach ceny za poszczególne środki czy sprzęt), miała na tyle istotny charakter, że mogłaby być wykorzystana przez konkurentów w przyszłych postępowaniach. Również w tym zakresie uzasadnienie zastrzeżenia ogranicza się do ogólnikowych twierdzeń, oderwanych od uwarunkowań dotyczących podobnych rodzajowo zamówień. Wykonawca nie odniósł się do ofert kontrahentów indywidualnie, nie wykazał, aby poszczególne oferty obrazowały szczególnie atrakcyjne, niedostępne innym wykonawcom warunki handlowe. Uzasadnienie zastrzeżenia w tym zakresie jest na tyle ogólnikowe, że mogłoby być przedstawione w tym samym brzmieniu w każdym innym postępowaniu i w odniesieniu do każdej innej oferty handlowej.

Odnosząc się do załączonej do wyjaśnień przykładowej faktury, Odwołujący wskazał, iż Wykonawca nie wykazał jaką ma ona obiektywną wartość gospodarczą i w jaki sposób ujawnienie tego dokumentu mogłoby spowodować jakąś bliżej określoną szkodę dla Wykonawcy. Faktura ta, jak co do zasady każda inna, przedstawia jednostkowo ceny nabycia. Trudno zatem wyobrazić sobie w jaki sposób inni wykonawcy mieliby skorzystać z danych zawartych w takim dokumencie, w szczególności, gdy ceny tego towaru nieustannie się zmieniają. Wykonawca nawet potencjalnie nie wskazał na takie sytuacje w treści swojego uzasadnienia. To, że określona informacja ma charakter finansowy, techniczny, jest związana z prowadzonym przez wykonawcę przedsiębiorstwem nie kwalifikuje jej automatycznie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gdyby przyjąć tak szerokie rozumienie tego pojęcia, wszystko co związane z przedsiębiorstwem mogłoby być uznane subiektywnie przez wykonawcę za tajemnicę przedsiębiorstwa. Twierdzenia Wykonawcy o tym, że sposób tworzenia oferty stanowi o przewadze konkurencyjnej jest niewiarygodne i nie tylko nie wykazuje, ale nawet nie uprawdopodobnia posiadania przez zastrzeżone informacje jakiegokolwiek wartości gospodarczej. Utajnienie przez Wykonawcę całości informacji zawartych w dokumentach oznaczonych jako załączniki 2,3,4,5, do pisma z dnia 20.06.2023 r. wymagało od niego łącznego wykazania w stosunku do tych informacji ustawowych przesłanek ochrony, w tym wykazania obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji. Jednocześnie obowiązkiem Wykonawcy było wykazanie obiektywnej wartości gospodarczej zestawienia informacji zawartych w ww. dokumentach, wartości sięgającej poza ramy tego konkretnego postępowania czy określonego elementu tych wyjaśnień. Takich okoliczności, w ocenie Odwołującego, Wykonawca nie wykazał.

Odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia jest sprzątnięcie, a tym samym usługa powszechnie dostępna o ustalonych standardach jakościowych. Decydującym kosztem w realizacji takiego zamówienia są koszty osobowe (tj. koszt zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, ustalony zgodnie z obowiązującymi przepisami). W konsekwencji wyjaśnienia w przeważającej części składają się z informacji jawnych, które nie są informacjami technicznymi, technologicznymi czy organizacyjnymi. W tej mierze ewentualne dopuszczalne jest utajnienie nazw dostawców z którymi łączą stosunki gospodarcze. Natomiast w pozostałym zakresie wyjaśnienia wraz z załącznikami oparte są na powszechnie dostępnych informacjach, wysokości minimalnego wynagrodzenia, wartości pozapłacowych kosztów zatrudnienia pracowników, w tym niepełnosprawnych. Wyliczanie kosztów realizacji danego zamówienia każdorazowo dokonywane jest w oparciu o konkretne warunki danego zamówienia i wymagania określone przez Zamawiającego. Wykonawca nie wykazał, zdaniem Odwołującego, iż w treści wyjaśnień zawarta jest jakaś unikalna, uniwersalna metodyka wyceny kosztów realizacji zamówienia, która ujawniona jego konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. Czynniki generujące koszty realizacji zamówienia wynikają z uwarunkowań wskazanych w OPZ w konkretnym postępowaniu. Wykonawca nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych założeń wyceny narazi go na możliwość poniesienia szkody, bowiem nie przedstawił żadnej analizy pomiędzy założeniami Wykonawcy a rzekomym ryzykiem poniesienia szkód finansowych. Nie wyraził w postaci konkretnych wartości kwotowych postrzeganej przez siebie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji jak i poniesionej szkody w przypadku ich ujawnienia. Wykonawca nie wykazał, w czym upatruje innowacyjność w przyjętych przez siebie wyliczeniach dotyczących zużywania środków, preparatów, materiałów czy sprzętu, czy też ilości osób i jak powyższe przekłada się na kalkulację ceny oferty w porównaniu do innych ofert. Wykonawca nie wykazał, iż założenia czy ryzyka mają obiektywną wartość gospodarczą i jako takie mogą być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych. W treści zastrzeżenia nie ma żadnych innowacyjnych ryzyk, których ujawnienie narażałoby Wykonawcę na identyfikowalną stratę ekonomiczną. Wykonawca w żadnym miejscu nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, powołując się jedynie na ogólne stwierdzenia, że informacje przedstawiają znaczną wartość gospodarczą a ujawnienie informacji narazi go na szkodę. Z uzasadnienia zastrzeżenia informacji nie można powziąć jakiegokolwiek wiedzy na temat

unikatowości i wyjątkowości elementów cenotwórczych ujawnionych przez Wykonawcę. W związku z powyższym, w oparciu o przywołane uzasadnienie, nie można było w żaden sposób wywnioskować, dlaczego Wykonawca uważa, że jakiegokolwiek informacja posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą. Jeżeli Wykonawca powołuje się na argument co do konieczności chronienia sposobu kalkulacji ceny, metody wyceny, własnej metodologii wykonania usługi, organizacji czasu pracy pracowników, sposobu wyliczenia zużycia środków koniecznych do realizacji zamówienia powinien wykazać, że ten sposób kalkulacji ceny, metodologia wykonania usługi, organizacja czasu pracy, sposób wyliczenia zużycia środków koniecznych do realizacji zamówienia jest unikatowy, wyjątkowy, niespotykany i nieznanym innym wykonawcom. Wykonawca nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje dotyczące w głównej mierze budowy ceny oferty, mają charakter względnie stały, niezmienny, są dla Wykonawcy unikalne i ukształtowane niezależnie od udziału Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w których Wykonawca upatrywał wartość gospodarczą.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzeń zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia. Nie przedstawił dowodów na podjęcie działań zmierzających do zachowania w poufności informacji zawartych w zastrzeganych dokumentach, jak również dowodów, iż przedmiotowe informacje nie zostały podane do wiadomości publicznej. Niewykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za równoznaczne ze stwierdzeniem, że określone informacje podlegają ujawnieniu. Oznacza to, że dane informacje mogą rzeczywiście stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale wykonawca, poza subiektywnym przekonaniem, że informacje te - ze względu na jego interes - nie powinny zostać ujawnione, powinien w sposób przekonujący wykazać, że nie należy ich ujawniać, jako że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że sztamkowy charakter uzasadnienia stosowany w przypadku zastrzegania różnych informacji stanowi podstawę do uznania, iż zastrzeżenie informacji zostało dokonane nieskutecznie. Przede wszystkim zaś za takim stwierdzeniem przesądza fakt, iż zastrzeżenia, mimo pozornego wskazania we wstępnej części, iż dotyczą postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w ogóle nie dotyczą merytorycznych zastrzeganych informacji. Z tych względów Zamawiający obowiązany był do udostępnienia Odwołującemu co najmniej danych zawartych w wyjaśnieniach – załącznikach do wyjaśnień w szczególności danych takich jak: liczba osób przyjętych do realizacji zamówienia, wymiar etatów poszczególnych osób, przyjęta organizacja pracy, koszty płacowe oraz pozapłacowe pracowników, liczba etatów przyjętych do wykonania zamówienia, liczba osób niepełnosprawnych z orzeczeniem niepełnosprawności, rodzajów stopni niepełnosprawności w stopniu oraz wymiar czasu pracy tych osób; kwota dofinansowania do osób niepełnosprawnych wykazanych do realizacji usługi utrzymania czystości, ilości i rodzaj sprzętu, kwoty przeznaczone na zakup sprzętu, naprawy i konserwacje, ilość środków, materiałów, kwoty przeznaczone na zakup środków, materiałów, informacje o posiadanych zapasach magazynowych, koszty administracyjne, ogólnozakładowe, zysk itd. Z uwagi na nieskuteczność wykazania, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiający zobowiązany jest do ujawnienia i udostępnienia całej treści dokumentów objętych zastrzeżeniem.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Mega-Service sp. z o.o., Mega Service Plus sp. z o.o.(w treści również: „Przystępujący”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

Na posiedzeniu z udziałem stron Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, 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 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał w szczególności, że skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia w sytuacji, gdy złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, która stanowi dla Zamawiającego ofertę najkorzystniejszą, w znaczeniu określonym przez ustawę Pzp oraz Zamawiającego, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, w

szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w przypadku nieuprawnionego utrzymania w zastrzeżeniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, co do których nie wykazano, iż taką tajemnicę stanowią, nie przedstawiono dowodów, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dostęp do informacji znajdujących się w przywołanych dokumentach może mieć dla Odwołującego istotne znaczenia z punktu widzenia dowodowego, podczas kwestionowania pozostałych czynności Zamawiającego m.in. prawidłowości oceny wyjaśnień ceny i jej istotnych części składowych, a w konsekwencji wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Skutkiem nieodtajnienia wyjaśnień Wykonawcy jest uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny czy wyjaśnienia są rzetelne i wystarczające dla wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest zgodna z warunkami zamówienia, jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający swoim zaniechaniem uniemożliwił skorzystanie z podstawowego prawa tj. dokonania weryfikacji prawidłowości decyzji Zamawiającego w zakresie oceny oferty Wykonawcy, oceny złożonych wyjaśnień ceny, postawienie i odpowiednie uzasadnienie zarzutów związanych z rażąco niską ceną oferty Wykonawcy. Odwołujący ma interes w tym, aby skontrolować zachowania Zamawiającego z punktu widzenia poprawności stosowania wyjątków od zasady przejrzystości oraz zasady jawności postępowania, prawidłowości stosowania art. 18 ust.3 Pzp. Gdyby Zamawiający prawidłowo zbadał zasadność zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach, w szczególności w treści załączników 2,3,4,5 do pisma z dnia 20 czerwca 2023 r., to udostępniłby Odwołującemu co najmniej te informacje zawarte w wyjaśnieniach, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (nie spełniają przesłanek z art. 11 ustawy o znk), co do których nie wykazano skutecznie, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk. W takim przypadku Odwołującemu umożliwiono by skorzystanie ze środków ochrony prawnej co do czynności bądź zaniechań Zamawiającego związanych z ofertą Wykonawcy. Wskutek naruszenia wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp z Odwołującym nie zostanie zawarta umowa o zamówienie, a tym samym Odwołujący utraci możliwość uzyskania przychodów z jej realizacji i poniesie szkodę. Szkada ta jest normalnym następstwem naruszenia przepisów ustawy Pzp, bowiem gdyby te przepisy nie zostały naruszone, wyjaśnienia Wykonawcy zostałyby ujawnione i udostępnione Odwołującemu, który mógłby zweryfikować poprawność złożonych wyjaśnień jak i poprawność oferty złożonej przez Wykonawcę w szczególności pod kątem ewentualnego odrzucenia z uwagi na rażąco niską cenę, niezgodność z warunkami zamówienia bądź z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący mógłby skorzystać ze środków ochrony prawnej, które mogłyby doprowadzić do odrzucenia oferty Wykonawcy. W konsekwencji oferta Odwołującego sklasyfikowana zostałaby na pierwszym miejscu i wówczas Odwołujący zawarłby z Zamawiającym umowę o zamówienie publiczne.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba ustaliła:

Zgodnie z wzorem Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ na cenę oferty składały się trzy pozycje:

1	Sprzątanie pomieszczeń* wraz z obsługą szatni (ryczałt)	.....	23%	.....	.....
2	Sprzątanie posesji wraz z powierzchnią kanałów od strony ulicy Grodzkiej	.....	8%	.....	.....
3	Miesięczne wynagrodzenie za czynności związane z odosobnieniem na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanem zagrożenia epidemicznego lub stanem epidemii	.....	23%	.....	.....

W toku czynności badania ofert Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień w zakresie poz. nr 3, tj. miesięcznego wynagrodzenia za czynności wykonywane w związku ze stanem zagrożenia epidemicznego lub stanem epidemii. Przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące tej pozycji, zastrzegając je w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym z uzasadnieniem zastrzeżenia i załączniki.

Zamawiający uznał, że przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (załącznik nr 1 do pisma z 20 czerwca 2023 r.) zostało zastrzeżone bezskutecznie i zdecydował o jego odtajnieniu. W pozostałym zakresie, tj. w zakresie załączników nr 2,3,4,5 do ww. pisma, uznał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty w nim przedstawione.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 - 3 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 jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gwarantująca jego transparentność, 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 uwzględniać tę zasadę i 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.

Zgodnie z 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 (...)*

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, z uwzględnieniem, że wymóg posiadania wartości gospodarczej odnosi się do każdej z informacji w tym mających charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny. Nie jest zatem wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, ale musi także ona 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.

Do Zamawiającego należy natomiast ocena 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 niejawne.

Zastrzeżenie niejawności informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z czym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko oświadczenie, iż dane informacje spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc nie wystarczy samo zadeklarowanie woli utrzymania przez zamawiającego w poufności określonych informacji, ale również wykazanie podstaw takiego oświadczenia.

Brak złożenia prawidłowego uzasadnienia lub złożenie nieprzekonującego uzasadnienia, jak też niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności

powinno skutkować odstąpieniem przez zamawiającego zastrzeganych informacji.

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

W analizowanym przypadku rozstrzygnięcia Izby wymaga czy Przystępujący, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, skutecznie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa złożone wyjaśnienia ceny, tj. załączniki nr 2,3,4,5 do pisma zawierającego wyjaśnienia z 20 czerwca 2023 r.

W ocenie Izby analiza treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Przystępującego nie pozwala na uznanie, że wykonawca ten wykazał, że zastrzeżone przez niego w całości dokumenty stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie jest ogólnikowe, niedostosowane do rodzaju zastrzeganych informacji. Mogłyby ono zostać przedstawione jako wstęp do szczegółowych wyjaśnień także w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, gdzie Wykonawca również nie chciałby ujawniać przedkładanych informacji. Istotną jego część stanowią teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów prawa, poparte cytatami z odległego w czasie orzecznictwa (w tym z 2008 r., 2014 oraz początku 2015 r.), niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji, przedstawionych w zastrzeganych dokumentach, składanych w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii zastrzeżenia wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę (załącznik nr 2 do wyjaśnień) wskazania wymaga, że jakkolwiek w określonych sytuacjach taki opis, np. w sytuacji, gdy jego treść zawierałaby elementy unikalne, wyróżniające je od standardowo występujących w danych warunkach, wskazujący na ich autorski charakter, mógłby zawierać zastrzeżone informacje, to jednak Przystępujący w swoim uzasadnieniu tego nie wykazał.

Przystępujący wskazał w tym zakresie, iż *wyjaśnienia wskazują na dobór sprzętu i środków chemicznych niezbędnych do realizacji usługi, a także koszty związane z ich zapewnieniem, w tym przede wszystkim koszty zakupu materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia. Nadto wskazał, że w przypadku, gdy zamawiający pozostawia Wykonawcy pewną swobodę w doborze sprzętu i środków chemicznych, Wykonawca może tak dobrać te elementy, by zapewnić odpowiednią jakość usługi i zoptymalizować swoje koszty. Koszty te są ograniczane przez odpowiedni dobór dostawców materiałów oraz wynegocjowanie z nimi rabatów. Wysokość udzielonych rabatów jest przy tym związana z długotrwałą współpracą z danym dostawcą oraz dużymi ilościami zamawianych środków i sprzętu. Charakter technologiczny mają informacje na temat dokonywanych przez Wykonawcę zakupów, bowiem dobór środków chemicznych i sprzętu wskazuje na przyjęte przez Wykonawcę metody realizacji zamówień. Zastrzegane informacje przedstawiają także samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony przedmiotowych informacji przed ich bezprawnym ujawnieniem. Ekonomiczna wartość informacji wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy (rodzaju dokonywanych przez Wykonawcę zakupów, kontrahentów i wynegocjowanych z nimi zasad współpracy, w tym cen), co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkutowania pomiędzy przedsiębiorcami. Konkurenci Wykonawcy mogliby bowiem na podstawie tych danych przewidzieć stosowaną przez Wykonawcę strategię realizacji usług, budowania ceny czy to oferować ceny niższe, czy wprost stosować tą samą, sprawdzoną strategię. Powyższe prowadzi do wniosku, iż informacje, o których mowa, mają – w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego – wartość gospodarczą dla Wykonawcy.*

Trudno bez konkretnego wyjaśnienia wykonawcy uznać, że w analizowanym postępowaniu, zważywszy na jego przedmiot, którym jest utrzymanie czystości, w tym w szczególności jego zakres w badanej pozycji, która dotyczy miesięcznego wynagrodzenia za czynności związane ze stanem zagrożenia epidemicznego lub stanem epidemii, dotyczących np. dezynfekowania drzwi wejściowych, klamek, poręczy, itd., sama wycena tej pozycji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie takiego wyjaśnienia nie zawiera.

W szczególności zauważenia wymaga, że uzasadnienie nie zawiera wyjaśnienia, dlaczego ujawnienie wyceny tej pozycji ceny oferty miałyby stanowić zagrożenie dla jego interesów i zmniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Tym bardziej, że jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, stan zagrożenia epidemicznego został zniesiony i Zamawiający dopuszcza ograniczenie zakresu usług oraz wynagrodzenia z tego powodu zgodnie z postanowieniami umowy.

Przystępujący nie wykazał, że informacje zwarte w wyjaśnieniach ceny tej pozycji świadczą o jego sile gospodarczej, że pozwalają na optymalizację działania jego przedsiębiorstwa i mogłyby być wykorzystane przez konkurencyjnych wykonawców ze szkodą dla niego. Nie podniósł i nie wykazał, aby dobrane przez niego elementy, które winny umożliwiać należyte wykonanie przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego w dokumentach

zamówienia w tym zakresie, miały unikatowy, tylko jemu właściwy charakter, że przewidziany przez niego dobór sprzętu i niezbędnych środków chemicznych, a także koszty związane z ich zapewnieniem, stanowiły jego know-how.

Wykonawca nie wykazał także, aby zastrzegane informacje dotyczące wspomnianej współpracy z dostawcami obejmowały warunki współpracy dostępne jedynie dla niego. Nie wykazał, że wskazane rabaty są niedostępne dla innych wykonawców i jaką ujawnienie tych informacji wywołałoby szkodę po jego stronie. Nadto Przystępujący nie przedłożył takich umów jako dowodu wspomnianej współpracy.

Nie zostało wykazane przez Wykonawcę, aby informacje dotyczących zakupu środków chemicznych czy urządzeń w związku z omawianym zakresem wyceny oferty dotyczącym okresu zagrożenia epidemicznego wskazywały na chronioną strategię realizacji usług, świadczącą o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przystępujący nie wykazał unikatowości tej strategii i np. jakie zyski generuje bądź jakie koszty mogłyby być zaoszczędzone. Nie jest wystarczające ogólne wskazanie, że zastrzeganie informacji mają wartość gospodarczą, ale konieczne jest opisanie dla poszczególnych zastrzeganych informacji na czym ona polega i z czego wynika.

Zwraca również uwagę, że uzasadnienie nie zawiera wyjaśnienia, dlaczego treść załączników nr 3 i 4 do wyjaśnień, tj. faktur zakupu podanych w części jawnej modeli ozonatorów Korona A40 i Kastellsept OZON Spray oraz karty technicznej ozonatora Korona A40 i ulotki informacyjnej ozonatora Kastellsept OZON Spray stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący nie podał w sposób konkretny i zindywidualizowany, dlaczego ujawnienie cen wskazanych przez niego ozonatorów miałyby np. ujawniać szczególne warunki jego współpracy z wystawcami tych faktur, niedostępne dla innych zainteresowanych, nie podał i nie wykazał, że zastrzeżone przez niego karty techniczne i ulotki informacyjne nie są to dokumenty ogólnodostępne. Podobnie uzasadnienie nie wyjaśnia powodu zastrzeżenia stanu magazynowego na 16.06.2023 r. oraz faktury zakupu płynu do dezynfekcji powierzchni i rąk.

Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego dokumenty pozwalają na odtworzenie indywidualnych metod jego działania celem wykorzystania tej wiedzy, ze stratą dla tego wykonawcy, a z przysporzeniem korzyści dla konkurencyjnych wykonawców w innych postępowaniach. Nie wykazał, że zastrzeżone przez niego w całości dokumenty, w razie ich poznania przez konkurencyjnych wykonawców doprowadziłyby do osłabienia jego pozycji na rynku.

Nadto, Przystępujący nie wykazał, że podjął działania w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji.

W tym zakresie Przystępujący wskazał: *Informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Odnosnie przywołanego warunku przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Z uwagi na fakt, że zastrzegane informacje związane są ze sposobem organizacji przedsiębiorstwa, nie są one z założenia częścią domeny publicznej, a dostęp do nich ma ograniczony krąg osób po stronie Wykonawcy. Dostęp do utajnionych informacji mają jedynie uprawnione osoby tj., ściśle zdefiniowana grupa pracowników Spółki zobowiązana do zachowania informacji w poufności (poprzez odpowiednie klauzule zawarte w umowach o pracę i zarządzenia organizacyjne Spółki).*

Przystępujący nie przytoczył treści wspomnianych klauzul o poufności, jak też nie załączył dowodów potwierdzających zamieszczenie w umowach z zatrudnionymi osobami klauzul poufności czy istnienie w przedsiębiorstwie określonych zarządzeń. W sytuacji posiadania tego rodzaju dowodów, ich przedstawienie nie powinno stanowić dla Wykonawcy trudności.

W ocenie Izby Zamawiający wbrew ciężącemu na nim obowiązкови, nie dokonał rzetelnej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Przystępującego w związku tym uznał jego gołostowne, ogólnikowe, nadto niespójne twierdzenia, za przekonujące argumenty.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i służyć wyłącznie uniemożliwieniu innym wykonawcom weryfikacji prawidłowości sporządzenia oferty, w tym przypadku, prawidłowości wyceny pozycji cenowej oferty, do wyjaśnienia której Przystępujący został wezwany przez Zamawiającego. Zgodzić się należy z Odwołującym, że nawet jeśli w zastrzeżonych dokumentach znajdowały się pojedyncze informacje stanowiące wartość gospodarczą, to Przystępujący ich nie wskazał i nie wykazał wypełnienia się co do nich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z tych względów zastrzeżenie ww. dokumentów przez Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zostać uznane ze skutecznie dokonane.

Konsekwencją braku wykazania przez Przystępującego, na którym spoczywał ciężar dowodu, że zastrzegane przez niego dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jest nakazanie ich ujawnienia. W związku z tym

koniecznym jest unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

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

Zarzuty odwołania, których zasadność została potwierdzona, dotyczą zastrzeżenia przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że domaga się ich odtajnienia, ponieważ mogą one potwierdzać rażąco niską cenę oferty i chce mieć możliwość skorzystania ze swoich praw. W związku tym należy uznać, że w analizowanej sprawie stwierdzone naruszenie przepisów Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 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 Przystępujący, który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego. Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b i 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: .....**