

Sygn. akt: KIO 2000/23

WYROK

z dnia 27 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Kowalczyk Security Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Kowalczyk Security Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Kowalczyk Security Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) 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 2000/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie ochrony osób i mienia w Miejskim Przedsiębiorstwie Realizacji Inwestycji Sp. z o.o. w Warszawie, BZP.260.6.2023.AM.

W dniu 10 lipca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Kowalczyk Security Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Realizacji Inwestycji Sp. z o.o. w Warszawie w postaci uznania bezskuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w wyjaśnieniach w części dotyczącej kalkulacji ceny i odtajnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1) art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych z związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez niedokonanie właściwej analizy skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zastrzeżonych w złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach w części dotyczącej kalkulacji ceny oferty i niezauważenie przez Zamawiającego, że stanowią one zbiór informacji posiadających wartość gospodarczą z uwagi na wskazanie m.in. danych kontrahentów Wykonawcy i cen jednostkowych towarów i usług jakie Konsorcjum nabywa w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, które to informacje łącznie tworzą zbiór danych o podstawach uzyskiwanego przez Wykonawcę zysku, jednocześnie wskazując obszary działalności Odwołujących umożliwiające zaoszczędzenie kosztów ponoszonych przez Konsorcjum, co stanowi o zasadności nadaniu tym informacjom waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

2) art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie Wykonawcy poprzez bezpodstawne dokonanie czynności uznania bezskuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w wyjaśnieniach w części dotyczącej kalkulacji ceny i odtajnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica

przedsiębiorstwa, bez rozważenia, że ww. czynność spowoduje po stronie podmiotów konkurencyjnych nieuprawniony dostęp do modelu sposobu kalkulowania oferowanej ceny i budowania strategii ustalania ceny wypracowanych przez Konsorcjum, co ze względu na stopień szczegółowości danych naraża Odwołujące na potencjalną szkodę, gdyż informacje te tworzą całość organizacyjną i nie są powszechnie znane działającym na rynku ochrony osób i mienia podmiotom, co uzasadnia nadanie tym informacjom waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wniósł o:

1. **Uwzględnienie Odwołania** w związku z okolicznościami podniesionymi w niniejszym piśmie;
2. **Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności uznania bezskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę w części dotyczącej kalkulacji ceny oferty;**

ewentualnie:

Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności uznania bezskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w części tj. w odniesieniu do informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę w zakresie danych kontrahentów i cen jednostkowych za towary i usługi wynikających z zamieszczonych w załączonych fakturach VAT.

Odwołujący wskazał, że:

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 i nast. ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Ustawą” oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający korzysta z platformy Marketplanet OnePlace, zwanej dalej platformą zakupową Zamawiającego. Przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony osób i mienia w Miejskim Przedsiębiorstwie Realizacji Inwestycji Sp. z o.o. w Warszawie, a jego wartość jest większa od progów unijnych określonych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy w odniesieniu do usług, BZP.260.6.2023.AM.

W toku prowadzonego postępowania, pismem z dnia 13 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych.

W związku z powyższym, Wykonawca w dniu 19 czerwca 2023 r. złożył żądane wyjaśnienia jednocześnie zastrzegając, że załączone wyjaśnienia w części dotyczącej kalkulacji ceny oferty tj. tekst, kalkulacja i przedłożone dowody stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca wskazał, że przedmiotowe wyjaśnienia stanowią informacje gospodarcze i organizacyjne, których ujawnienie zagraża jego interesom, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania pozycji rynkowej, co zdecydowało o podjęciu przez niego działań, zmierzających do zachowania ich poufnego charakteru. Wykonawca podkreślił, że zastrzeżone informacje i dokumenty tworzą całość kalkulacji ceny ofertowej. Tym samym stanowią dane gospodarcze i organizacyjne, dotyczące sposobu i metod działalności. Informacje te są danymi handlowymi na temat elementów ceny i sposobu jej budowania a także sposobu budowania strategii ceny ofertowej. Informacje oraz dokumenty, jako całość, decydują o przewadze rynkowej nad pozostałymi uczestnikami rynku. Kompilacja wspomnianych informacji i dokumentów pozwala uzyskać dane o systemowym i kompletnym modelu usługi, który to model wpływa bezpośrednio na sposób kalkulowania przez Wykonawcę ceny ofertowej.

Kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli ma autorski charakter i wyróżniające ją na tle typowo stosowanych metodologii cechy. Ochronie podlegać będzie szczególne zestawienie elementów i informacji, nawet jeżeli poszczególne elementy tego zestawienia są dostępne publicznie. Na Wykonawcy spoczywał obowiązek wykazania obiektywnej wartości gospodarczej takiego zestawienia. (KIO 623/23, LEX nr 3517007 – wyrok z dnia 20 marca 2023 r.)

Czynność Zamawiającego w zakresie badania zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może odbywać bez jej udokumentowania w dokumentacji postępowania przetargowego.

Czynność odtajnienia czy czynność utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do określonych informacji/dokumentów winna zawsze mieć odzwierciedlenie w aktach postępowania przetargowego i zawierać uzasadnienie. Stanowi to substrat zaskarżenia dla poszczególnych wykonawców. Jej brak uniemożliwia wykonawcom dokonania analizy poprawności decyzji Zamawiającego i ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Jednocześnie nie jest rolą Zamawiającego ustalanie za wykonawcę, na którym ciąży obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, charakteru utajnionych informacji, a także domniemywanie, że za poufną należy uznać daną a nie inną informację zwłaszcza wówczas, gdy wykonawca zastrzega praktycznie całość dokumentów. (KIO 679/23, LEX nr 3529795 – wyrok z dnia 24 marca 2023 r.)

Należy wskazać, że zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń wynikających z przyjęcia, iż istnieją informacje zasługujące na szczególną ochronę w procesie udzielania zamówienia publicznego. O ile cena za realizację zamówienia

to istotny czynnik oferty, stanowiący naturalny element, którym konkurują wykonawcy, o tyle odtajnienie czynników mogących mieć wpływ na obniżenie tej ceny stanowi wprowadzone przez danego Wykonawcę rozwiązanie techniczne i organizacyjne, które należy postrzegać jako autorskie. W przedłożonych do wyjaśnień załącznikach Odwołująca zawarła szczegółowy opis wspomnianych rozwiązań. Pozostali Wykonawcy mogliby zatem z treści złożonych wyjaśnień wraz z załącznikami powziąć wiedzę o szczególnych rozwiązaniach, które mogliby wprowadzić w swoich podmiotach. Ujawnienie tych rozwiązań wpływa w sposób znaczący na sytuację Odwołującej jako Wykonawcy na rynku.

Biorąc pod uwagę powołane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej należy wskazać, że informacje zastrzeżone przez Wykonawcę mają charakter za równo publicznych (m.in. oparcie wyliczeń o kwotę minimalnego wynagrodzenia określonego odrębnymi przepisami) jak i niedostępny dla działających na rynku konkurentów (tj. dane kontrahentów Odwołującej i ceny jednostkowe za nabywane przez Odwołujące towary i usługi). Jak już wyżej wskazano okoliczność ta nie pozbawia możliwości nadania takiemu zbiorowi danych ochrony wynikającej z zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Kalkulacja ceny charakteryzuje się wielością elementów składających się na ostateczny wynik w postaci zaoferowania konkretnej kwoty Zamawiającemu. Wobec powyższego rozwiązania i wskaźniki, którymi kieruje się Odwołująca prowadzą do uzyskania przez nią gospodarczego efektu w postaci otrzymania konkurencyjnej ceny tj. ceny prawdopodobnie niższej niż zaproponowana przez innych Wykonawców. Tym samym ujawnienie informacji w tym zakresie pozwoli pozostałym konkurentom kształtowanie przez nich ceny wobec opracowanych przez Odwołującą kryteriów.

Nie można odmówić charakteru tajemnicy przedsiębiorcy danym identyfikującym podmioty gospodarcze, od których i na rzecz których Odwołująca pozyskuje towary lub świadczy usługi. Jest to nieodłączny element jej procesu kalkulacji ceny, stała pozycja, która pozwala na przewidywalność i jest realnym czynnikiem, dzięki któremu działalność gospodarcza Odwołującej z jednej strony generuje zyski a z drugiej pozwala odnaleźć przestrzeń dla możliwego niwelowania wysokości kosztów.

Należy wyraźnie podkreślić, że Odwołująca zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa ogół wskazanych danych zawartych w poniższych dokumentach:

- kalkulator do obliczenia rażąco niskiej ceny oferty - usługa ochrony;
- wniosek o wypłatę miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych;
- kalkulator ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy;
- wniosek o dofinansowanie ze środków Funduszu Pracy wynagrodzenia za zatrudnianie skierowanego bezrobotnego, który ukończył 50 rok życia;
- faktury w przedmiocie nabycia towarów od kontrahenta;
- zawiadomienie o wysokości procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe.

Dane stanowią dla Wykonawcy informacje, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są dla nich łatwo dostępne. Tym samym zgłoszone w toku postępowania o udzielenie zamówienia zastrzeżenie jest zasadne zarówno ze względów funkcjonalnych, jak i celowościowych, a nadto jest zgodne z wymogami obowiązującej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżone przez Wykonawcę informacje dają wiedzę, co do sposobu kalkulowania cen, jaką Odwołująca posługuje się, jako przedsiębiorca, zaś sposób kalkulacji cen wpływa bezpośrednio na renomę przedsiębiorstwa oraz jego pozycję rynkową i konkurencyjność, więc tym samym stanowi obiektywną wartość gospodarczą, chronioną poprzez wdrożony i certyfikowany system zarządzania bezpieczeństwem informacji w oparciu o wymagania normy ISO 27001.

Gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła argumentacji Wykonawcy w odniesieniu do całości informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołująca sformułowana roszczenie ewentualnie poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności uznania bezskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w części tj. w odniesieniu do informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę w zakresie danych kontrahentów i cen jednostkowych za towary i usługi wynikających z zamieszczonych w załączonych fakturach VAT. Stopień szczegółowości tych danych i ich wartość ekonomiczna jest znacząca bowiem stanowi o jednej z kluczowych podstaw uzyskiwanego przez Wykonawcę zysku, jednocześnie wskazując obszary działalności Odwołujących umożliwiające zaoszczędzenie kosztów ponoszonych przez Konsorcjum.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniesione do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2023 r. (pismo z dnia 18 lipca 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ochronę osób i mienia w Miejskim Przedsiębiorstwie realizacji Inwestycji sp. z o. o. w Warszawie. W trakcie postępowania Zamawiający wystosował do wykonawców, którzy złożyli oferty, w tym do Odwołującego, wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący zastrzegł składane wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W dniu 29 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o uznaniu zastrzeżenia przez niego jako tajemnicy

przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny za bezskuteczne.

W dniu 10 lipca 2023 r. Odwołujący złożył odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) poprzez niedokonanie właściwej analizy skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zastrzeżonych w złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach w części dotyczącej kalkulacji ceny oferty i niezauważenie przez Zamawiającego, że stanowią one zbiór informacji posiadających wartość gospodarczą z uwagi na wskazanie m.in. danych kontrahentów Wykonawcy i cen jednostkowych towarów i usług jakie Konsorcjum nabywa w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, które to informacje łącznie tworzą zbiór danych o podstawach uzyskiwanego przez Wykonawcę zysku, jednocześnie wskazując obszary działalności Odwołującego umożliwiające zaoszczędzenie kosztów ponoszonych przez Konsorcjum, co stanowi o zasadności nadaniu tym informacjom waloru tajemnicy przedsiębiorstwa;

2. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie Wykonawcy poprzez bezpodstawne dokonanie czynności uznania bezskuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w wyjaśnieniach w części dotyczącej kalkulacji ceny i odtajnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, bez rozważenia, że ww. czynność spowoduje po stronie podmiotów konkurencyjnych nieuprawniony dostęp do modelu sposobu kalkulowania oferowanej ceny i budowania strategii ustalania ceny wypracowanych przez Konsorcjum, co ze względu na stopień szczegółowości danych naraża Odwołującego na potencjalną szkodę, gdyż informacje te tworzą całość organizacyjną i nie są powszechnie znane działającym na rynku ochrony osób i mienia podmiotom, co uzasadnia nadanie tym informacjom waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający podjął decyzję o uznaniu zastrzeżenia za nieskuteczne, uznając, że Wykonawca nie wykazał, że przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostały **kumulatywnie** spełnione. 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. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1072/23, podkreśliła: „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z.n.k., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem immamentną cechą tajemnicy gospodarczej jest fakt, że przedsiębiorca, który zastrzega informacje jako swoje dane prawnie chronione, podejmuje działania mające na celu chronienie tajemnicy. **Omawiana norma jednoznacznie określa, że skuteczne objęcie tajemnicą, wymaga od wykonawcy nie tylko udowodnienia przesłanek materialnych zawartych w art. 11 ust. 2 z.n.k. będącego definicją legalną tajemnicy gospodarczej, ale także wykazania spełnienia przesłanki formalnej - czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności.** Ergo wykonawca ma nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że faktycznie stanowią one tajemnicę gospodarczą. **Następuje to poprzez złożenie rzeczowego i przekonującego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które powinno zostać poparte adekwatnymi dowodami dotyczącymi podejmowanych działań celem ochrony tajemnicy.** Nie mogą to być jakiegokolwiek czynności, a właściwe zachowanie wykonawcy, uwzględniające podwyższone standardy działania z zachowaniem należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych, ponieważ **działanie przedsiębiorcy ocenia się przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności** (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p).”.

Odwołujący powinien mieć więc pełną świadomość z czym wiąże się udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności, że zasadą tego postępowania jest jego jawność i skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oceniane będzie przez Zamawiającego w oparciu o przedstawione przez Wykonawcę uzasadnienie. Wskazywane przez Wykonawcę okoliczności powinny być więc rzeczowe, wiarygodne, spójne i na tyle konkretne, aby Zamawiający mógł zweryfikować zasadność zastrzeżenia i ocenić, czy zastrzeżone informacje:

- 1) stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
- 2) 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;
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W świetle przywołanej powyżej definicji sposób kalkulacji ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie

ulega jednak wątpliwości, że w takiej sytuacji metodologia kalkulacji ceny powinna mieć unikalny, autorski charakter i posiadać elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii (zob. wyrok KIO z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt KIO 2600/21). Odwołujący natomiast zarówno w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jak i w złożonym odwołaniu ogranicza się do ogólnikowych stwierdzeń o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Odwołujący wskazuje jedynie, że informacje te są danymi handlowymi na temat elementów ceny i sposobu jej budowania, a także sposobu budowania strategii ceny ofertowej i decydują o przewadze rynkowej Wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami rynku. Wykonawca w żaden sposób nie precyzuje jednak na czym polega wyjątkowość przyjętej kalkulacji cenowej i czym wyróżnia się ona na rynku usług ochrony osób i mienia, a tym samym, dlaczego zasługuje na ochronę (zob. wyrok KIO z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt KIO 2600/21).

Już sam fakt zastrzeżenia całych wyjaśnień w całości w świetle twierdzeń złożonych przez Odwołującego w odwołaniu stanowi dowód na bezzasadność i nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Należy podkreślić, że ustawodawca wyraźnie wskazał, że „nie ujawnia się INFORMACJI stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”. Tym samym już z treści tego przepisu wynika, że przedmiotem ochrony jest konkretna informacja, a nie dokument.

Bezsporne i jednolicie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego interpretowane jest, że nie podlega utajnieniu cały dokument, a jedynie informacje w nim zawarte, które spełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie ulega zatem wątpliwości, że szereg informacji zawartych w dokumencie statusu informacji poufnej nie posiadają np. informacje referujące do wymagań SWZ lub przepisów prawa. Ponadto już w treści odwołania Odwołujący ujawnia informacje, które do tej pory stanowiły tajemnicę jak chociażby wykaz załączników, w tym istotne elementy brane pod uwagę w kalkulacji - które zostały wylistowane na stronie 7 odwołania. Także alternatywne żądanie sformułowane w treści odwołania wskazuje, że to informacje zawarte w fakturach stanowią realną tajemnicę wymagającą ochrony. Podczas gdy całość uzasadnienia załączonego do wyjaśnień referuje do bliżej nieokreślonej metody kalkulacji. Brak jakichkolwiek informacji, nie mówiąc już o dowodach, że konkretne załączone faktury stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i z jakiego powodu.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że sam fakt zestawienia określonych informacji i dokumentów w jeden zbiór nie świadczy o przedstawieniu przez Odwołującego pełnej metodologii wyliczania cen ofertowych lub o przedstawianiu informacji o wykształconym i stosowanym regularnie modelu świadczenia usług, który wpływa na sposób kalkulowania cen ofertowych. Odwołujący nie przedstawia bowiem żadnych obiektywnych okoliczności dowodzących, że takie zestawienie posiada dla niego wymierną wartość gospodarczą. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3762/21, wprost wskazała: „O tym czy określone zestawienie informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nie może przesądzać wyłącznie okoliczność ich zestawienia przez wykonawcę w jednym dokumencie. Sama okoliczność zestawienia określonych informacji w dokumencie, który nie jest publicznie dostępny nie oznacza automatycznego przypisania takiemu zestawieniu obiektywnej wartości gospodarczej. Gdyby przyjąć tak szerokie rozumienie wartości gospodarczej informacji, to każdy dokument przygotowany przez wykonawcę mógłby być uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca wymaga jednak wykazania przez przedsiębiorcę, że takie zestawienie informacji ma obiektywną wartość gospodarczą, która ujawniona innym podmiotem działającym na rynku może przynieść potencjalną szkodę wykonawcy.”.

Wykonawca nie wskazuje natomiast w jakich dokładnie obszarach działalności przedstawione w wyjaśnieniach zestawienie cenowe pozwala mu na osiągnięcie przewagi rynkowej nad pozostałymi wykonawcami. W uzasadnieniu nie sprecyzowano także, dlaczego zestawienie dokładnie takich elementów cenowych powinno zasługiwać na ochronę. Odwołujący w uzasadnieniu przedłożonym wraz z wyjaśnieniami nie eksponuje konkretnych elementów zestawienia, które mogłyby mieć decydujące znaczenie przy ocenie wartości gospodarczej przedłożonych informacji. Nie wiadomo zatem, która konkretnie informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Dopiero w odwołaniu powołuje się na znaczenie załączonych faktur. Poza tym oderwanym od treści samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy stwierdzeniem, także w odwołaniu Odwołujący nie stara się skonkretyzować jakie informacje, wyczerpanie, dane (chociażby przez wskazanie strony, wiersu itp) faktycznie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy podkreślić także fakt, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca, podejmując próbę wykazania kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ograniczył się więc tylko do przedstawienia uzasadnienia, które ma charakter deklaracji. Zamawiający, uznając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne jedynie w oparciu o stanowisko Wykonawcy, musiałby dysponować szczegółowym uzasadnieniem odwołującym się do specyfiki konkretnego rynku oraz okoliczności danego postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie Zamawiający dysponował natomiast jedynie subiektywnymi stwierdzeniami Odwołującego stawianymi w oderwaniu od realiów przedmiotowego zamówienia. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji przedstawione przez Odwołującego ma charakter ogólny i nie zostało zindywidualizowane na potrzeby postępowania

prowadzonego przez Zamawiającego. Uzasadnienie mogłoby zostać wykorzystane przez każdego wykonawcę i to w zasadzie na potrzeby każdego podobnego postępowania. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r., sygn. akt C-54/21, podkreślił, że „instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwił, mają rzeczywiście poufny charakter”. Wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z założeniem, że zasadą postępowania jest jawność. Przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” powinien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie wystarcza samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21).

Okoliczność, że zastrzegane informacje obejmują dane kontrahentów Odwołującego i ceny za nabywane przez niego towary i usługi nie stanowi sytuacji wyjątkowej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnił jako tajemnicy przedsiębiorstwa w żaden sposób nie wskazał natomiast, że ujawnienie współpracy z określonymi kontrahentami oraz jej warunków może mieć negatywny wpływ na jego pozycję rynkową. W odwołaniu Wykonawca ograniczył się do stwierdzenia: „Nie można odmówić charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa danym identyfikującym podmioty gospodarcze, do których i na rzecz których Odwołujący pozyskuje towary lub świadczy usługi. Jest to nieodłączny element jej procesu kalkulacji ceny, stała pozycja, która pozwala na przewidywalność i jest realnym czynnikiem, dzięki któremu działalność gospodarcza Odwołującego z jednej strony generuje zyski a z drugiej pozwala odnaleźć przestrzeń dla możliwego niwelowania wysokości kosztów.”. Jest to teza, którą może postawić każdy wykonawca w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie wiadomo czy Wykonawca posiada jakieś specjalne upusty, warunki czy z innego powodu (np. wyjątkowości doboru sprzętu) współpraca akurat z tymi dostawcami buduje jego przewagę na rynku a ujawnienie informacji o tej współpracy spowoduje utratę tej przewagi. Ani treść uzasadnienia ani zasady doświadczenia życiowego w świetle rodzaju dostaw ujętych w fakturach nie pozwalają na ustalenie jakiegokolwiek wyjątkowości zawartych w tych dokumentach informacji.

Odwołujący nawet nie próbuje uprawdopodobnić, że odtajnienie zastrzeżonych informacji może wiązać się z wystąpieniem szkody po jego stronie. Brak wyjaśnienia na czym polega specyfika zastosowanej przez niego kalkulacji cenowej powoduje, że stwierdzenia o możliwości wykorzystania podobnej metodologii przez konkurencyjne podmioty działające na tym samym rynku co Odwołujący pozostają ogólnym wywodem dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wykazał także, aby stosowana przez niego metodologia kalkulacji ceny zapewniała mu jakąkolwiek przewagę na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia. Nie wskazał chociażby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które wygrał dzięki zastosowanej polityce cenowej (wyrok KIO z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt KIO 2600/21). Odwołujący nie precyzuje w jaki konkretnie sposób takie informacje mogą być wykorzystane przez konkurentów i który element kalkulacji stanowi o jej wyjątkowości. Samo stwierdzenie o uzyskaniu oszczędności lub generowaniu dodatkowych zysków nie jest wystarczające. Wykazując zasadność zastrzeżenia wyjaśnił jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Wykonawca powinien dowieść, że ujawnienie zastrzeżonych informacji prowadziło do uzyskania nad nim przewagi bez konieczności ponoszenia kosztów budowania tej przewagi przez innych wykonawców działających na rynku. Samo ujawnienie przez Odwołującego szacowanych kosztów poszczególnych elementów zamówienia nie będzie skutkowało automatycznym obniżeniem cen przez pozostałych wykonawców w oderwaniu od ich indywidualnych uwarunkowań i zasobów (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2023 r., sygn. akt 1013/23).

Podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów, czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Odwołujący w żaden sposób nie wskazał natomiast, jakie konkretnie rozwiązania (niestosowane powszechnie) inni wykonawcy mogliby wprowadzić we własnych przedsiębiorstwach po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień Odwołującego. W wyjaśnieniach zawarto informacje o składnikach cenotwórczych, wskazujące na pewną strategię cenową. Nie jest jednak możliwe ustalenie, czy strategia ta dotyczy tego konkretnego postępowania, czy jest ogólnie przyjętą polityką cenową u konsorcjantów. Zastanawia również czy jest to wspólna strategia cenowa obu konsorcjantów, czy jednego z nich. Ustalić tych kluczowych informacji nie pozwala poziom ogólności przedstawionego uzasadnienia. Można natomiast domniemywać ze zdania zawartego na stronie 2 uzasadnienia w brzmieniu: „zastrzeżone informacje zostały wytworzone indywidualnie dla potrzeb przedmiotowego zamówienia”, że informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią kalkulacje konkretnego zamówienia w konkretnych okolicznościach i nie mają charakteru uniwersalnego stosowanego w innych postępowaniach i budującego przewagę

konkurencyjnego jednego czy obu konsorcjantów.

Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie przedstawił wyjątkowych środków kalkulacji ceny oferty umożliwiających prawidłową realizację zamówienia. Skupił się przede wszystkim na kosztach osobowych. Przedkładając faktury dotyczące głównie kosztów wyposażenia pracowników, Odwołujący nie próbował nawet wykazać, że informacje w nich zawarte powinny zostać zachowane w poufności. Nie wskazał na ewentualne wiążące go umowy z klauzulą poufności zabezpieczoną sankcją w postaci kary umownej. Nie wskazał także, aby jego kontrahenci taką klauzulą byli związani. Krąg podmiotów zajmujących się produkcją sprzętu czy umundurowania dla pracowników ochrony jest bez wątpienia szeroki. Nie zmienia to jednak faktu, że wykonawcy działający na wspólnym rynku muszą znać te podmioty. Nawet jeśli poufne pozostają widniejące na fakturach stawki, to Odwołujący i w tym zakresie poprzestał na zapewnieniach, które nie są w jakikolwiek sposób weryfikowalne. O wartości gospodarczej współpracy z podmiotami, od których Odwołujący pozyskuje określone towary, ma świadczyć to, że jest to stała pozycja w kalkulacji cenowej, która pozwala na przewidywalność. Takie ogólne stwierdzenie nie poparte żadnym szerszym wyjaśnieniem nie pozwala na uznanie, że Odwołujący dochował należytej staranności przy zastrzeganiu tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy także podkreślić, że przedmiotowa teza pojawia się dopiero w treści odwołania. Wykonawca nie przedstawił takich argumentów w uzasadnieniu zastrzeżenia składanym wraz z wyjaśnieniami.

Nie ulega wątpliwości, że uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Odwołujący natomiast najpierw zastrzega całość przedłożonych wyjaśnień, a następnie, składając odwołanie, klasyfikuje elementy wyjaśnień jako takie, które na pewno stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (faktury) i takie, które tę tajemnicę mogą stanowić (pozostała część wyjaśnień). Nie jest natomiast rolą Zamawiającego ustalanie za Wykonawcę, na którym ciąży obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, charakteru utajnionych informacji, a także domniemywanie, że za poufną należy uznać taką a nie inną informację w sytuacji, gdy wykonawca zastrzega praktycznie całość dokumentów (wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2023 r., sygn. akt 3533/22).

Co ważne Krajowa Izba Odwoławcza ocenia prawidłowość działań Zamawiającego na dzień podejmowania czynności w świetle uzasadnienia zastrzeżenia przekazanego mu przez wykonawcę a nie w świetle następczych twierdzeń odwołania.

Podkreślenia wymaga, że nie zmienia to również faktu, że załączone do wyjaśnień RNC nie wykazuje zasadności utrzymania w poufności żadnych informacji zawartych w wyjaśnieniach, w tym faktur.

Odwołujący nie dochował należytej staranności przy zastrzeganiu tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazywaniu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Z treści uzasadnienia nie wynika czy wskazane czynności są podejmowane przez jednego z konsorcjantów (którego?), czy identyczny sposób zabezpieczenia informacji funkcjonuje u obu. Nie wiadomo również czy wylistowane środki ochrony miały zastosowanie w przypadku tych konkretnych wyjaśnień RNC oraz jak była chroniona informacja na styku współpracy pomiędzy konsorcjantami. Co pokazuje że również w tym aspekcie uzasadnienia ma charakter sztamkowy i nie odpowiada realiom niniejszej sprawy.

Odwołujący nie przedstawił także przekonującego uzasadnienia dla wykazania, że całość wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zawiera informacje, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób oraz, że Odwołujący podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności.

Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających poufny charakter przedstawionych informacji, chociażby w postaci wyciągu z regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, wyciągu z umów o poufności zawieranych z kontrahentami, klauzuli poufności zawieranych z pracownikami (wyrok KIO z dn. 9 maja 2022r., sygn. akt: KIO 1006/22, 991/22). Jak Zamawiający wskazał już w piśmie informującym o uznaniu zastrzeżenia za bezskuteczne, nie wydaje się co prawda uzasadnionym wymaganie od Wykonawcy wykazania dowodami istnienia każdej z ww. przesłanek z osobna, tym niemniej przewidziano wymóg wykazania ich występowania, który to wymóg – jak pokazuje praktyka i orzecznictwo Izby – jest realizowany przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez przedstawienie dowodów. Z treści wyjaśnień wprost wynika, iż u Wykonawcy obowiązuje chociażby polityka bezpieczeństwa informacji. Istnieją więc dowody, których dysponentem i autorem jest Wykonawca, który nie powinien mieć trudności w ich przedstawieniu, mimo tego i w tym zakresie uzasadnienie zastrzeżenia przedłożone przez Odwołującego opiera się na gołosłownych twierdzeniach Wykonawcy.

Podstawowe znaczenie dowodów w ocenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak wskazano powyżej, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2022 r., sygn. akt KIO 674/22, wskazano: „Kwestia poparcia zastrzeżenia dowodami ma niewątpliwie, niezwykle istotne znaczenie dla

oceny skutecznego wykazania przez wykonawcę posiadania przez określone informację waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać, że wykonawca dokonał wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń, a przedstawienie tego rodzaju dowodów nie stanowiło dla wykonawcy żadnych trudności - tak jest w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności.". Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 80/22, gdzie stwierdziła: „Skoro ochrona wynika z dokumentu wewnętrznego spółki (Polityka bezpieczeństwa informacji), to nic nie stało na przeszkodzie, aby taki dokument przedłożyć, nawet jeżeli nie w całości, to w postaci wyciągu uwzględniającego regulacje odnoszące się do sposobu ochrony informacji tego rodzaju, jakie zostały zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu. Bowiem jeśli jest możliwe przedstawienie dowodu na okoliczność spełnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w tym przypadku przesłanki dotyczącej działania w celu utrzymania informacji w poufności), to za niewystarczające i gołosłowne należy uznać same oświadczenia wykonawcy o istnieniu takich regulacji, zwłaszcza że ich skuteczność czy kompletność nie może być w takiej sytuacji należycie oceniona.". Mając na uwadze powyższe orzecznictwo, należy uznać, że Odwołujący powołując się na istnienie w jego przedsiębiorstwie określonych regulacji związanych z ochroną informacji, powinien je przedstawić wraz z uzasadnieniem. Jeśli Wykonawca jedynie powołuje się na określone dokumenty, ale nie załącza chociażby wyciągu z ich treści, Zamawiający nie ma wiarygodnych podstaw do uznania, że zastrzegane informacje rzeczywiście są w odpowiedni sposób chronione.

Ponadto należy zwrócić uwagę na - niezwykle istotny z punktu widzenia skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - termin zastrzeżenia, jak również wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawcy zobligowani są dokonać tego nie później niż w terminie złożenia wyjaśnień. Wobec powyższego należy przyjąć, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy więc oceniać na moment złożenia wyjaśnień i z uwzględnieniem informacji zawartych w przedłożonym wtedy uzasadnieniu zastrzeżenia. Wykonawca nie jest uprawniony do budowania dodatkowej argumentacji na etapie postępowania odwoławczego (wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3737/21).

Podsumowując, należy podkreślić, że zadaniem Zamawiającego było zbadanie, czy Wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji. Jakość takiego uzasadnienia decyduje bowiem o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, określone informacje mogą pozostać poufne (wyrok KIO z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 374/23). W przedmiotowej sprawie Zamawiający dysponował natomiast jedynie ogólnikowymi zapewnieniami Wykonawcy, który nie przedłożył żadnych dowodów oraz nie przywołał żadnych skonkretyzowanych okoliczności, przykładów, czy wartości finansowych, które potwierdzałyby jego subiektywne przekonanie o konieczności zachowania określonych informacji w poufności. Odwołujący nie poddał ciężarowi wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i obowiązkiem Zamawiającego było uznanie takiego zastrzeżenia za nieskuteczne. Ciężar wykazania konieczności udzielenia ochrony został nałożony przez ustawodawcę na Wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

W dniu 10 lipca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Kowalczyk Security Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Realizacji Inwestycji Sp. z o.o. w Warszawie w postaci uznania bezskuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w wyjaśnieniach w części dotyczącej kalkulacji ceny i odtajnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1) art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych z związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez niedokonanie właściwej analizy skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zastrzeżonych w złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach w części dotyczącej kalkulacji ceny oferty i niezauważenie przez Zamawiającego, że stanowią one zbiór informacji posiadających wartość gospodarczą z uwagi na wskazanie m.in. danych kontrahentów Wykonawcy i cen jednostkowych towarów i usług jakie Konsorcjum nabywa w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, które to informacje łącznie tworzą zbiór danych o podstawach uzyskiwanego przez Wykonawcę zysku, jednocześnie wskazując obszary działalności Odwołujących umożliwiające zaoszczędzenie kosztów ponoszonych przez Konsorcjum, co stanowi o zasadności nadaniu tym informacjom waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

2) art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie Wykonawcy poprzez bezpodstawne dokonanie czynności uznania bezskuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w

wyjaśnieniach w części dotyczącej kalkulacji ceny i odtajnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, bez rozważenia, że ww. czynność spowoduje po stronie podmiotów konkurencyjnych nieuprawniony dostęp do modelu sposobu kalkulowania oferowanej ceny i budowania strategii ustalania ceny wypracowanych przez Konsorcjum, co ze względu na stopień szczegółowości danych naraża Odwołujące na potencjalną szkodę, gdyż informacje te tworzą całość organizacyjną i nie są powszechnie znane działającym na rynku ochrony osób i mienia podmiotom, co uzasadnia nadanie tym informacjom waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Kowalczyk Security Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie 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 .

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. 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.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niez uzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że ustawa PZP wprowadza generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia (art. 18 ust. 1 ustawy PZP), czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzegł w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy PZP).

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

nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych. Rozwiązanie takie zostało utrzymane w obecnie obowiązującym stanie prawnym. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostą udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Tym samym zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. W związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Każde odejście od stosowania zasady jawności wiąże się z powstaniem określonego obowiązku zarówno po stronie zamawiającego, jak i po stronie podmiotu dokonującego zastrzeżenia. Wykonawca zastrzegający tajność oferty lub innych składanych dokumentów jest zobligowany do przedstawienia w stosunku do każdej informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego wystąpienia przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast zamawiający zobligowany jest do wnikliwego zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcia stosownych działań w zależności od wyników tej analizy.

Oznacza to, że w dacie składania określonej informacji (jak w niniejszej sprawie w dacie składania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny z dnia 19 czerwca 2023 r. z jednoczesnym zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników dołączonych do powyższych wyjaśnień) wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi przedstawić argumenty przekonujące zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nieujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia kumulatywnie następujące przesłanki:

- a.informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny,
- b.informacje muszą posiadać wartość gospodarczą,
- c.informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób,
- d.uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia, jego ogólnikowość albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r, sygn. akt 200/18: „Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ZamPublU, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie".

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21., *Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia: „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu k.p.c.”*

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, w pierwszej kolejności Izba zważyła, że Odwołujący zastrzegł wyjaśnienia w całości, stwierdzając: „Informacje jako całość oraz dokumenty, jako całość, decydują o przewadze rynkowej nad pozostałymi uczestnikami rynku”, jak również w samym odwołaniu: „ogół wskazanych danych zawartych w poniższych dokumentach: kalkulator do obliczenia rażąco niskiej ceny oferty – usługa ochrony; wniosek o wypłatę miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych; kalkulator ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy; wniosek o dofinansowanie ze środków Funduszu Pracy wynagrodzenia za zatrudnianie skierowanego bezrobotnego, który ukończył 50 rok życia; faktury w przedmiocie nabycia towarów od kontrahenta; zawiadomienie o wysokości procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe”.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że zgodnie z orzecznictwem i poglądami doktryny nie podlega utajnieniu cały dokument, a jedynie informacje w nim zawarte, które spełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, czemu wyraźnie dał wyraz sam ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy PZP: „ Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa...”, co oznacza w ocenie Izby, że nie podlega utajnieniu cały dokument, a jedynie informacje w nim zawarte, które spełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, że w odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawione uzasadnienie zawiera w zasadzie deklarację wykonawcy o istnieniu takiej wartości, przy czym wartość ta – w ocenie Izby – nie została wykazana, tj. udowodniona.

Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ogranicza się do ogólnikowych stwierdzeń o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, wskazując jedynie

że informacje te są danymi handlowymi na temat elementów ceny i sposobu jej budowania, a także sposobu budowania strategii ceny ofertowej. Jednakże Odwołujący nie wskazał, jakie konkretne rozwiązania (niestosowane powszechnie) inni wykonawcy mogliby wprowadzić u siebie, tym samym w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby stosowana przez niego metodologia kalkulacji ceny zapewniała mu jakąkolwiek przewagę na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia.

Nadto Izba zważyła, że Odwołujący w żaden sposób nie precyzuje, na czym polegawyjątkowość przyjętej kalkulacji cenowej, czy też załączonych faktur do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i czym wyróżniają się one na tle rynku usług ochrony osób i mienia (Odwołujący również na rozprawie nie wykazał owej „wyjątkowości”).

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że sam fakt zestawienia określonych informacji i dokumentów w jeden zbiór nie świadczy o przedstawieniu przez Odwołującego pełnej metodologii wyliczania cen ofertowych lub o przedstawianiu informacji o wykształconym i stosowanym regularnie modelu świadczenia usług, który wpływa na sposób kalkulowania cen ofertowych. Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnych obiektywnych okoliczności dowodzących, że takie zestawienie posiada dla niego wymierną wartość gospodarczą, stwierdzając jedynie: „Kompilacja wspomnianych informacji i dokumentów pozwala uzyskać dane o systemowych systemowym i kompletnym modelu usługi, który to model wpływa bezpośrednio na sposób kalkulowania przez nas ceny ofertowej. Model ten, zobrazowany za pomocą zbioru informacji (kalkulacji oraz innych dokumentów), posiada wartość gospodarczą, ponieważ daje istotną przewagę, pozwalającą na szczególnie korzystne wyliczenia kosztów wykonania usługi.”

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023 r., sygn.. akt KIO 623/23 *„Každy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby, materiały, sprzęt czy pracowników. Trudno zatem uznać, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżyć swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów”,* a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Nadto Izba zważyła, że okoliczność, iż zastrzegane informacje obejmują dane kontrahentów Odwołującego i ceny za nabywane przez niego towary i usługi, nie stanowią w ocenie Izby o jakiegokolwiek wyjątkowości. Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa w żaden sposób nie wykazał, że ujawnienie współpracy z określonymi kontrahentami oraz jej warunków może mieć negatywny wpływ na jego pozycję rynkową.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że przedłożona przez Odwołującego do wyjaśnień kalkulacja cenowa, czy też faktury w przedmiocie nabycia towarów od kontrahentów, nie mają charakteru unikatowego, a co wymaga również podkreślenia Odwołujący nie wykazał jej na rozprawie.

W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia przedłożone przez Odwołującego nie potwierdza zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez niego uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólnikowe, obejmujące gołosłowne deklaracje wykonawcy. Ma ono charakter na tyle ogólny, że mogłoby w tym samym kształcie zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi, a w znacznej części także w postępowaniach na innego rodzaju zamówienia. Istotną część uzasadnienia, to cytaty z orzecznictwa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba zważa, że Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, że przedłożone faktury i zawarte tam stawki powinny zostać zachowane w poufności, poprzestając jedynie na gołosłownych deklaracjach, jak również nie wykazał jaką potencjalną szkodę ponieść z tytułu ich ujawnienia.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt 479/22, w którym Izba orzekła, że: „nie wykazano, że dane te w sposób obiektywny obrazują szczegóły prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, dlatego że w zastrzeżeniu tajemnicy wykonawca podkreśla, iż informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to spójne z treścią zastrzeżonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny odnoszących się do konkretnych urządzeń, opisanych w przedmiocie zamówienia. Ponadto obciążony ciężarem dowodu wykonawca powinien szczegółowo i rzeczowo wyjaśnić w jaki sposób informacje dotyczące wyliczenia kosztów w tym postępowaniu miałyby ujawniać całość przyjętej przez niego polityki cenowej, czyli wskazać przekonujące okoliczności, które pozwoliłyby zamawiającemu zweryfikować jego stanowisko. Ważne jest przy tym, aby strona powołująca się na wartość gospodarczą określonych danych udowodniła istnienie tej okoliczności i sporządzając uzasadnienie decyzji utajnienia informacji przedstawiła w nich swoją argumentację w sposób wyczerpujący, kiedy w rozpoznawanym sporze informację o możliwości uzyskania przewagi rynkowej ze względu na możliwość poznania sposobu kalkulacji przystępującego pozostawiono w sferze ogólnych, nieweryfikowalnych zapewnień wykonawcy”.

Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 53/21 wskazano, że: *Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Sąd nie podziela argumentacji skarżącego, z której zdaje się wynikać, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. W ocenie Sądu taki pogląd jest sprzeczny z art. 8 ust. 3 Pzp, z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji”.*

Nadto Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że obowiązki w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być wykazane przez wszystkich Konsorcjantów. Tym samym, jeżeli w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to obowiązek podjęcia działań mających na celu zachowanie ich w poufności dotyczy każdego z Konsorcjantów.

Po przeanalizowaniu wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego oraz załączników zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności do zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa faktur, Izba doszła do przekonania, że ww. zastrzeżenia dotyczą Lidera Konsorcjum, tj. Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał, aby partner Konsorcjum, tj. Agencja Ochrony Kowalczyk Security Sp. z o.o. podjął działania mające na celu zachowanie informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających poufny charakter przedstawionych informacji, powołując się m.in. na Polityki Bezpieczeństwa Informacji obejmujące najwyższe aspekty normy (Zarządzanie Aktywami Informacyjnymi, Prowadzenie Analiz rynku, Bezpieczeństwo Systemów i Sieci, Bezpieczeństwo Informacji dla Użytkowników, Bezpieczeństwo Fizyczne, Polityka czystego biurka i ekranu, Zarządzania incydentami), przy czym Izba zważa, że dowody wniesione przez Odwołującego na posiedzeniu są spóźnione, ponieważ Odwołujący obowiązany był złożyć je przy uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w związku z powyższym Izba nie wzięła ich pod uwagę.

Konkludując, w ocenie Izby, Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji ani nie podjął wystarczających działań celem zachowania tych danych w poufności. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, które dokładnie postanowienia załączonych dokumentów zostały zastosowane i wdrożone w celu zachowania kalkulacji oraz danych o kontrahentach w poufności, jak również brak jest jakichkolwiek zobowiązań kontrahentów do zachowania w poufności. Odwołujący nie udowodnił, że w stosunku do tych konkretnie danych i w

związku z przedmiotowym postępowaniem podjął określone działania, przedstawiając jedynie ogólnikowe wyjaśnienia, obejmujące gołostowne deklaracje wykonawcy. Mają one charakter na tyle ogólny, że mogłoby w tym samym kształcie zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym nie można uznać za wykazanie zasadności dokonanego zastrzeżenia przez Odwołującego w rozumieniu art. 18 ust. 3 ustawy PZP.

Nadto w wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, tj. nie udowodnił jak ujawnienie kalkulacji, czy też ujawnienie polityki cenowej Odwołującego miałyby wpłynąć na umniejszenie jego pozycji konkurencyjnej w innych postępowaniach.

Izba zważyła, że zgodnie z dominującą obecnie linią orzecniczą, wyrażoną w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp zasadę jawności traktuje się priorytetowo, jako jedną z najważniejszych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie stosowania tej zasady na podstawie art. 18 ust. 3 PZP może mieć miejsce jedynie pod warunkiem jednoznacznego wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uwzględnianie tego rodzaju uzasadnień jako skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa skutkowałoby tym, że dostęp wykonawców do wyjaśnień ceny przedstawianych przez innych wykonawców zostałby ograniczony do minimum.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: