

Warszawa, dnia 14 marca 2025 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Polska Grupa Górnicza S.A.

KRS 0000709363, NIP: 634-283-47-28, REGON: 360615984,

40 - 039 Katowice, ul. Powstańców 30

Oddział KWK ROW

44-253 Rybnik, ul. Jastrzębska 10

Telefon: +48 327160588

E-mail: m.grygar@pgg.pl

Odwołujący:

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1. DGP Clean Partner Sp. z o. o.

01-014 Warszawa, ul. Żytnia 15/23

NIP: 6912497105; KRS: 0000411127

2. CTG sp. z o.o.

59-220 Legnica, ul. Najświętszej Marii Panny nr 14 lok. 3,

NIP 6912443003, KRS 0000332619

3. 7 MG Sp. z o. o.

59-220 Legnica, ul. Najświętszej Marii Panny 14 lok. 3,

NIP: 691258159; KRS: 0000691061,

reprezentowane przez radcę prawnego Iwonę Januszewską

adres do korespondencji dla Odwołującego:

59-220 Legnica, ul. Najświętszej Marii Panny 5e

tel. 76 856 76 00, fax: 76 856 76 09

e-mail: i.januszewska@grupadgp.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie kompleksowych usług utrzymania łaźni dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK ROW z podziałem na 3 zadania”, Nr postępowania: 492401624, w zakresie części 1

Ogłoszenie o zamówieniu: opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem **770866-2024** w dniu 17 grudnia 2024 r. (Numer wydania Dz.U. S. 245/2024)

Przekazanie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej: przekazano Odwołującemu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej tj. platformy na której prowadzone jest postępowanie pod adresem <https://efo.coig.biz> w dniu **5 marca 2025 r.**

Przekazanie informacji o odmowie udostępnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa przekazano Odwołującemu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej tj. poczty elektronicznej w dniu **6 marca 2025 r.**

ODWOŁANIE

Działający w imieniu i na rzecz DGP Clean Partner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 7 MG Sp. z o. o. z siedzibą w Legnicy, CTG Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, (dalej: „Odwołujący”) jako pełnomocnik w oparciu o pełnomocnictwo, które przesyłam w załączeniu, na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 z późn.zm.; dalej: „Pzp”), art. 513 pkt. 1 i pkt 2 Pzp, art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których

Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, podjętych w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania 1 polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez: **Serwis Urządzeń Infrastruktury Technicznej Sp. z o.o.** z siedzibą w Radlinie, ul. Mariacka 30 44-310 Radlin, NIP: 6472586938, KRS: 0000792534, **DANWE Group Sp. z o.o.** z siedzibą w Radlinie, ul. Rybnicka 64, 44-310 Radlin, NIP: 6472610476, KRS: 0001134582 (dalej: „Wykonawca”),
- 2) uznaniu za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wyjaśnieniach ceny wraz z dowodami złożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp, a zawartych w treści dokumentów oznaczonych przez Wykonawcę – jak wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – jako pismo nr SUIT/BN/015/2025, złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp, w konsekwencji utajnieniu wyjaśnień ceny oferty wraz z dowodami w szczególności informacji zawartych w treści ww. dokumentów, zaniechaniu odtajnienia informacji znajdujących się w ww. dokumentach, zaniechaniu udostępnienia ww. dokumentów Odwołującemu,
- 3) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się w poprzez (1) utajnienie informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, (2) odmowie odtajnienia i udostępnienia informacji znajdujących się w opisanych powyżej dokumentach, (3) uniemożliwienie Odwołującemu zapoznania się z treścią wyjaśnień ceny wraz z dowodami Wykonawcy (ww. dokumentów), ich weryfikację oraz uniemożliwienie wniesienia środków ochrony prawnej wobec ewentualnych uchybień dostrzeżonych w treści wyjaśnień i dowodów złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp, (4) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy w szczególności bez umożliwienia Odwołującemu jej rzeczywistej weryfikacji,

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego w zakresie zadania 1 **zarzucam naruszenie:**

- 1) art. 18 ust. 1, ust.2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 74 Pzp w zw. z art. 73 ut.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 poprzez:
 - a) błądną ocenę i błędne uznanie skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości informacji znajdujących się w wyjaśnieniach ceny wraz z dowodami złożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp, a zawartych w treści dokumentów oznaczonych przez Wykonawcę – jak wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa - jako pismo nr SUIT/BN/015/2025, złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp polegającą w szczególności na przyjęciu, że całość treści ww. dokumentów (wszelkie informacje zawarte w ww. dokumentach) podlegają 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 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, (3) przedstawione wraz z wyjaśnieniami ceny uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest lakoniczne, znikome, ogólne, szampowe i nie odnosi się szczegółowo do uzasadnienia zastrzegania konkretnych informacji znajdujących się w wyjaśnieniach ceny wraz z dowodami, 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 łącznego spełnienia przesłanek opisanych w art. 18 ust. 3 Pzp jak również łącznego spełnienia przesłanek opisanych w art. 11 znk, m.in. że są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, przedstawiają wartość gospodarczą, czy też podjęto w stosunku do nich uzasadnione działania zmierzające do zachowania informacji w poufności, (5) nie zostały przedstawione dowody potwierdzające spełnienie przesłanek z art. 11 ustawy o znk (załączone do zastrzeżenia dowody, które są niewłaściwe, niewystarczające do wykazania przesłanek z art. 11 ustawy o znk), (6) Wykonawca nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, (7) wyłącznie niektóre informacje zwarte w ww. dokumentach mogły ewentualnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk, (8) 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 wyłączenie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia a ich ujawnienie nie może narazić Wykonawcy na szkodę),

e) wybór oferty Wykonawcy, której wyjaśnienia ceny wraz z dowodami zostały niezasadnie zastrzeżone; 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 znk, jak również za art. 18 ust.3 Pzp (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 w zakresie zadania 1 **wnoszę 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 zastrzeżenie 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 wyjaśnieniach ceny wraz z dowodami złożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp, a zawartych w treści dokumentów oznaczonych przez Wykonawcę – jak wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – jako pismo nr SUIT/BN/015/2025 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,

ponadto wnoszę o:

- 4) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Termin:

W niniejszej sprawie wartość przedmiotu zamówienia jest większa niż progi unijne, o jakich stanowi art. 3 ustawy Pzp. Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej] (...) w przypadku zamówień, których wartość zamówienia jest równa albo przekracza progi unijne. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Pismo zawierające informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty, zostało przekazane Odwołującemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej tj. platformy na której prowadzone jest postępowanie pod adresem <https://efo.coig.biz> w dniu 5 marca 2025 r.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący przyjmuje, iż przekazanie informacji o odmowie udostępnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa przekazano Odwołującemu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej tj. poczty elektronicznej w dniu 6 marca 2025 r.

W tym miejscu podnieść należy, iż w dniu 6 marca 2025 r. Zamawiający w odpowiedzi na wniosek z dnia 5 marca 2025 r. *o udostępnienie całości korespondencji pomiędzy Wykonawcami a Zamawiającym w tym w szczególności:*

- *wezwań do wyjaśnień, w tym wyjaśnień do rażąco niskiej ceny,*
- *uzupełnienia lub poprawienia treści złożonej oferty ,*
- *dokumentów lub oświadczeń ,*
- *odpowiedzi na w/w*
- *ewentualnych wniosków Wykonawcy/Zamawiającego i odpowiedzi na nie,*
- *protokołu z postępowania,*

przekazał dokumenty Wykonawcy. W przedmiotowych dokumentach nie znalazły się wyjaśnienia ceny, Zamawiający przekazał uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, iż Zamawiający w wiadomości z dnia 6 marca 2025 r. wskazał, że: *„Jednocześnie informuję, że Wykonawca SUIT objął tajemnicą przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1233) wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny.”* Zamawiający nie napisał wprost, iż pozostałe dokumenty uznaje za skutecznie zastrzeżone, nie podał również uzasadnienia swojego stanowiska. Jednakże przyjąć należy, że Zamawiający uznał skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w dokumentach złożonych w dniu 17 lutego 2025 r. w odpowiedzi na wezwanie z art.224 Pzp odmawiając odtajnienia i udostępnienia owych dokumentów i zawartych w nich informacji. W takim stanie faktycznym uprawnione jest domniemanie przez Odwołującego, że Zamawiający uznaje skuteczność i prawidłowość zastrzeżenia informacji przez

Wykonawcę. Dokonanie czynności faktycznej polegającej na udostępnieniu przez Zamawiającego jedynie części jawnej owych dokumentów, bez jednoczesnego wskazania, że w pozostałym zakresie Zamawiający rozstrzygnie wnioski o wgląd do pozostałych dokumentów w terminie późniejszym, należy uznać za podjęcie decyzji o uznaniu skuteczności zastrzeżenia informacji znajdujących się w dokumentach złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp oznaczonych przez Wykonawcę – jak wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę – jako pismo nr SUIT/BN/015/2025, a zawierających wyjaśnienia ceny wraz z dowodami.

Mając powyższe na uwadze termin na wniesienie odwołania od opisanych powyżej czynności upływa w dniu 17 marca 2025 r.. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 17 marca 2025 r., co oznacza, iż Odwołujący uczynił zadość wymaganiom określonym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 17 marca 2025 r., czyli z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 Pzp w zw. z art. 509 ust. 2 Pzp.

Interes:

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia i złożył w postępowaniu ofertę, która powinna być zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, a z Odwołującym powinna zostać zawarta stosowna umowa na wykonanie tej części zamówienia. Jednak w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w zakresie zadania 1 doznał uszczerbku i szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, a zatem osiągnięcia zysku z tytułu jego wykonania. Uwzględniając powyższe, bez wątpienia w przedmiotowej sprawie Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w zakresie zadania 1 i interes ten jest kwalifikowany szkodą jaka zostanie przez niego poniesiona wskutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie zadania 1 w sytuacji, gdy Odwołujący w zakresie zadania 1 złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, która to stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą”, w znaczeniu określonym przez ustawę Pzp oraz Zamawiającego, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania na czynność Zamawiającego w zakresie zadania 1 polegającą na uznaniu zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych wyjaśnienia ceny wraz z dowodami tj. w dokumentach złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp oznaczonych przez Wykonawcę – jak wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – jako pismo nr SUIT/BN/015/2025, a w konsekwencji zaniechaniu ujawnienia wskazuję, iż Odwołujący może ponieść szkodę w przypadku nieuprawnionego utrzymania w zastrzeżeniu informacji, które nie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co do których nie wykazano, że taką tajemnicę stanowią, nie przedstawiono dowodów, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji w przypadku odmowy ujawnienia i udostępnienia ww. informacji zawartych w ww. dokumentach. Odwołujący dąży do sanowania, w jego ocenie niezgodnej z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego w zakresie zadania 1, które pozbawia go wglądu do wyjaśnień ceny wraz z dowodami w szczególności takich elementów jak szczegółowa kalkulacja ceny i wszystkich jej składowych, sposób wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych i innych okoliczności wprost wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 11 lutego 2025 r., które zawarte zostały ww. dokumentach datowanych na dzień 17 lutego 2025 r. Dostęp do informacji znajdujących się w przywołanych dokumentach może mieć dla Odwołującego istotne znaczenia z punktu widzenia dowodowego, podczas kwestionowania pozostałych czynności Zamawiającego w zakresie zadania 1 m.in. prawidłowości oceny wyjaśnień ceny i jej istotnych części składowych, a w konsekwencji wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Skutkiem nieodtajnienia wyjaśnień ceny wraz z dowodami Wykonawcy jest uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny czy wyjaśnienia są rzetelne i wystarczające dla wykazania, że oferta Wykonawcy w zakresie zadania 1 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 oraz art. 11 ustawy o znk. Gdyby Zamawiający prawidłowo zbadał zasadność zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny wraz z dowodami, to udostępniłby Odwołującemu co najmniej te informacje zawarte w wyjaśnieniach, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (nie spełniają przesłanek z art. 11 ustawy o znk, oraz przesłanek art. 18 ust. 3 Pzp), co do których nie wykazano skutecznie, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk, nie wykazano skutecznie że spełniają przesłanki z art. 18 ust. 3 Pzp. W takim przypadku Odwołującemu umożliwiono by skorzystanie ze środków ochrony prawnej co do czynności bądź zaniechań Zamawiającego związanych z ofertą Wykonawcy.

Wskutek bowiem naruszenia wskazywanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp - czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 1 przeprowadzone zostały nieprawidłowo, doszło do nieuprawnionego utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny, Zamawiający w zakresie zadania 1 uznał za najkorzystniejszą ofertę, której nie można zweryfikować pod kątem przesłanek odrzucenia, w szczególności rażąco niskiej ceny, zaś oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w klasyfikacji ofert. W związku z powyższym, z Odwołującym nie zostanie zawarta umowa o zamówienie, a tym samym Odwołujący utraci możliwość uzyskania przychodów z jej realizacji, wskutek czego poniesie szkodę. Szkoda 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 w zakresie zadania 1 sklasyfikowana zostałaby na pierwszym miejscu i wówczas Odwołujący zawarłby z Zamawiającym umowę o zamówienie publiczne. Wobec zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy, oferta złożona przez Odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie stanowiące przedmiot prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Uzasadnienie

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowych usług utrzymania łaźni dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK ROW z podziałem na 3 zadania Zadanie 1 – Ruch Jankowice Zadanie 2 – Ruch Marcel Zadanie 3 – Ruch Rydułtowy.

Z przekazanej Odwołującemu dokumentacji postępowania wynika, że pismem z 17 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wyznaczając mu termin na złożenie wyjaśnień do 17 lutego 2025 r..

W niniejszym postępowaniu nie doszło do przekazania Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami. Jednak Odwołujący zakłada, że takie wyjaśnienia zostały złożone – biorąc pod uwagę, że Zamawiający przekazał pismo zawierające uzasadnienia utajnienia tych wyjaśnień. Odwołujący jednak nie uzyskał przedmiotowych wyjaśnień ani uzasadnienia Zamawiającego, które ich elementy uznał on za tajemnicę przedsiębiorstwa i dlaczego. Zamawiający dokonał jedynie przekazania uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 17 lutego 2025r. oraz poprzestał na przesłaniu wiadomości mailowej o treści: *„Jednocześnie informuję, że Wykonawca SUIT objął tajemnicą przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1233) wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny.”*

W wezwaniu z dnia 11 lutego 2025 r. Zamawiający wskazał, że: *„Działając zgodnie z art. 224 ust. 1 i 4 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa o udzielenie wyjaśnień zaoferowanej w wyniku aukcji elektronicznej ceny w zakresie zadania nr 1, która może nosić znamiona rażąco niskiej, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Dokumenty, o których mowa powyżej należy złożyć w formie elektronicznej poprzez narzędzia umieszczone na platformie EFO w terminie do dnia 17.02.2025r.”*

W SWZ i załącznikach do niego Zamawiający zawarł postanowienia odnoszące się do realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, iż określone przez Zamawiającego wymogi w zakresie sposobu realizacji zamówienia, osób, środków, sprzętu, usług dodatkowych, godzin w których mają być realizowane czynności, miały wpływ na kalkulacje ceny przez wykonawców.

Przechodząc do rozważań problematyki skuteczności rzekomego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy wskazać co następuje:

W pierwszej kolejności podnieść należy, iż Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie ceny Wykonawcy. Wątpliwości te wyraził w postaci wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca przedłożył wyjaśnienia ceny, które w całości zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jak zostało to wskazane we wstępnej części odwołania (przy wykazywaniu interesu we wniesieniu odwołania), weryfikacja poprawności złożonych wyjaśnień ceny z uwagi na przyjęte w ustawie domniemanie, iż cena jest ceną rażąco niską, które Wykonawca zobowiązany jest wzruszyć poprzez złożenie wyczerpujących wyjaśnień popartych dowodami, ma kluczowe znaczenie dla oceny poprawności oferty i ziszczenia się podstaw do jej odrzucenia.

Zakres utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa praktycznie uniemożliwia ich merytoryczną analizę i ocenę w przedmiocie realności zaoferowanej ceny oraz jej prawidłowego wyliczenia. Należy podkreślić, że większość z utajnionych informacji, została utajniona z naruszeniem przepisów, bowiem utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, pojedyncze dane, słowa, które spełniają łącznie wszystkie warunki o których mowa w art. 18 ust. 3 Pzp oraz w art. 11 ustawy o znk.

Jak wskazuje wyrok KIO z dnia 29 marca 2021 r. wydany w sprawie KIO 720/21: *„Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.*

Zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinno być traktowane jako narzędzie służące do uniemożliwienia wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Ten instrument nie może być przez wykonawców nadużywany, ale ograniczony do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową starannością. KIO stwierdziła także, że zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawidłowości stanowiska oferenta odnośnie charakteru statusu) tych informacji. Przy czym „weryfikacja prawidłowości stanowiska oferenta nie może odbywać się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy”.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający zobligowany jest do podejmowania działań nakierowanych na zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poszanowania zasady przejrzystości a przede wszystkim zasady jawności postępowania jako naczelnej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada jawności może doznać ograniczenia tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 18 ust. 2 Pzp). Za jeden z takich przypadków ustawodawca uznał zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 Pzp). Tajemnica przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych, należy wobec niej stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* – czyli zasadę zakazu stosowania wykładni rozszerzającej wyjątki. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowania powinno być traktowane bardzo wąsko i rygorystycznie, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający wyłączenie jawności informacji (wyjaśnień ceny) szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia wszystkich przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danej informacji, dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeżeli dany wykonawca obejmujący jakąś część oferty tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał łącznego spełnienia wszystkich przesłanek oraz nie przedstawił dowodów, to zamawiający w trakcie oceny zasadności zastrzeżenia powinien udostępnić takie informacje i dokumenty pozostałym wykonawcom.

W chwili obecnej podstawę prawną zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią przepisy art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o znk w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o znk w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o znk. Mając na uwadze treść ustawy o znk określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli spełniają łącznie następujące warunki:

1. mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny charakter, ale posiadający wartość gospodarczą,
2. jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom, które zwykle zajmują 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.

Należy zaznaczyć, że pod pojęciem działań, które „ przy zachowaniu należytej staranności” uprawniony podjął (powinien podjąć) w celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich pozyskaniem, ujawnieniem lub wykorzystaniem przez osobę nieuprawnioną należy rozumieć staranność wymaganą w stosunkach danego rodzaju (art. 355§ 1 i 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust.1 Pzp).

Reasumując powyższy wątek rozważań wykonawcy, mając na uwadze treść art. 18 Pzp oraz art. 11 ustawy o znk, dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien uczynić to w odpowiednim momencie postępowania tj. wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji. Zgodnie z Pzp, ustawą o znk jak i utrwalonym w tym zakresie orzecznictwem KIO, aby dokonane zastrzeżenie było skuteczne musi ono w momencie składania informacji zawierać pełną argumentację wskazującą, że przedstawione Zamawiającemu informacje spełniają łącznie przesłanki ustawowe z art. 11 ustawy o znk oraz art. 18 ust.3 Pzp. Na uwagę zasługuje również fakt, iż nawet jeśli dane informacje spełniają element tajemnicy przedsiębiorstwa, do ich skutecznego zastrzeżenia niezbędne jest wykazanie tego przez wykonawcę. Przedkładane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi wykazywać ziszczenie się łącznie przesłanek z art. 18 ust. 3 oraz wszystkich trzech przesłanek z art. 11 ustawy o znk w odniesieniu do wszystkich zastrzeganych informacji, dokumentów. Podkreślenia wymaga, iż kwestia precyzyjnego wykazania przez Wykonawcę ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Otóż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę zastrzega. Tylko ten, który dokonuje zastrzeżenia wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia. Art. 18 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Użyte w art. 18 ust. 3 Pzp przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia” czyli przedstawienia stosownych dowód na poparcie twierdzeń zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia. Jak wynika ze Słownika Języka Polskiego „wykazać” to „uzewnętrznic coś, ujawnić istnienie czegoś, przedstawić coś w sposób przekonujący”. Wykonawca dokonując zastrzeżenia winien przedstawić stosowne dowody, że: zastrzegane informacje podlegają ochronie ze względu na swój charakter oraz że legalną drogą nie można ich uzyskać, a przedsiębiorca podjął niezbędne kroki w celu zachowania jej poufności, informacje stanowią wartość gospodarczą. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 ustawy o znk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

Przywołane powyżej przepisy prawa nakładają na Zamawiającego konieczność badania uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pod kątem jego skuteczności. Kluczowa rola Zamawiającego, bowiem to na Zamawiającym ciąży obowiązek kontroli i oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez danego wykonawcę w odniesieniu do określonych informacji. Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania w odniesieniu do każdego zastrzegane go dokumentu i informacji i następnie stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 1 ustawy o znk i art. 18 ust.3 Pzp. Zaniechania Zamawiającego we wskazanym zakresie są tym bardziej rażące, że uniemożliwiają Odwołującemu rzeczywistą weryfikację poprawności przedłożonych ofert z punktu widzenia warunków zamówienia, czy przyznanych punktów w kryterium oceny ofert. Poprawność przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jak przedmiotem oceny w niniejszym postępowaniu.

Przy czym podkreślenia wymaga, że każda z przesłanek z art. 11 ust.2 ustawy o znk i art. 18 ust. 3 Pzp powinna znaleźć uzasadnienie w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa jako faktyczna argumentacja dająca poddać się ocenie. Zatem brak wykazania, iż zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również wykazanie zbyt ogólnikowe, niepełne, lakoniczne, powołanie się jedynie na podstawę prawną możliwości zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, na orzecznictwo i doktrynę jest niewystarczające do uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Prawidłowe zastrzeżenie powinno być wyczerpujące, możliwe szczegółowe tak, by w jak najbardziej precyzyjny sposób faktycznie wykazać zasadność zastrzeżenia, a więc łącznego zmaterializowania się trzech warunków niezbędnych do uznania, iż określona informacja rzeczywiście stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przez Wykonawcę nie stanowi takiego zastrzeżenia, jest bowiem ogólnikowe, lakoniczne, takie uzasadnienie dołączyć można do każdego zestawu dokumentów objętych tajemnicą.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o znk, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona 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. Zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25 listopada 2024 roku wydanym w sprawie sygn. akt: KIO 4074/24: „ (...) Wskazany wyżej przepis ustawy jest pochodną brzmienia art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 Parlamentu Europejskiego i Rady z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, zgodnie z którym, aby zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać następujące przesłanki:

a) zastrzeżone informacje muszą być poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;

b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;

c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy. Z powyższego wynika, że tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić tylko takie informacje, które posiadają wartość gospodarczą. I tak w motywach wskazanej dyrektywy wskazano, że jednolita definicja tajemnicy przedsiębiorstwa – przyjęta w unijnych porządkach prawnych – powinna uwzględniać know-how, informacje handlowe i informacje techniczne – a niniejsze informacje powinny mieć rzeczywistą lub potencjalną wartość handlową, powinny to być informacje o wartości handlowej, a ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów osoby, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurowania.

Ciężar wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje, co oznacza, że wykonawca winien wykazać istnienie wszystkich wskazanych wyżej przesłanek uzasadniających dokonanie zastrzeżenia. (...)”

Podobnie w wyroku KIO z dnia 18 sierpnia 2023 r. wydanym w sprawie KIO 2287/23 Izba wskazała, że: „dla wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji, wykonawcy zobowiązani są wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa o którym mowa w ww. art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) Nie jest zatem wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, ale musi także ona przedstawić pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy z tego powodu, że pozostanie poufna no. Może być dla

wykonawcy źródłem zysków lub pozwalają 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 uniemożliwiające 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 odtajnieniem przez zamawiającego zastrzeganych informacji (...)"

Zatem, w celu skutecznego zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest te informacje w chwili ich przekazania zamawiającemu jednocześnie zidentyfikować, zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, Wykonawca nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wymienionych w zarzucie dokumentach, nie sprostął konieczności wykazania łącznego spełnienia przesłanek z art. 11 ustawy o znk a w konsekwencji pozbawił się ochrony wynikającej z możliwości zastrzegania informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika z dokumentów przekazanych Odwołującemu przez Zamawiającego Wykonawca zastrzegło wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w całości. Jednak z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w ocenie Odwołującego, wynika, że Wykonawca w ogóle nie spełnił formalnych przesłanek art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, warunkujących nieujawnianie informacji przez Zamawiającego, tj. nie wykazało, że informacje stanowiące treść złożonych wyjaśnień stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na wstępie należy zauważyć, że mało prawdopodobne jest, aby cała treść wyjaśnień Wykonawcy – od nagłówka po podpis – nosiła cechy tajemnicy przedsiębiorstwa zdefiniowane w art. 11 ust. 2 ustawy o znk i tym samym mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów tej ustawy, a tym samym i art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Po drugie, ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na to, że nie całe pisma/całe dokumenty, a jedynie poszczególne ich elementy (poszczególne informacje) mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego Wykonawca celowo utajnił te wyjaśnienia licząc na to, że Odwołujący, który ma odpowiednią wiedzę i determinację, aby je zweryfikować, zostanie pozbawiony tej możliwości, a tym samym weryfikacji decyzji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Treść uzasadnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa datowanego na 17 lutego 2025r. jednoznacznie potwierdza konieczność złożenia odwołania, ponieważ nie spełnia ono przesłanek do skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co zostanie przez Odwołującego wykazane w dalszej części odwołania. Bezkrytyczne zaś uznanie przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia dokumentów, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa jest działaniem naruszającym przepisy ustawy Pzp. Odwołujący w tym miejscu zwraca również uwagę, że w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) wskazano: *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.

Sam fakt dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie oznacza, że informacje te w rzeczywistości posiadają walor tajemnicy, a na Zamawiającym każdorazowo ciąży obowiązek rzetelnego zbadania zastrzeżenia.

Przy czym kluczowe jest tu wskazanie „informacji”, gdyż 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 cały dokument. Zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całego dokumentu traktowane jest jako niepodlegające ochronie i jako sprzeczne z zasadą jawności postępowania o zamówienie publiczne. Za niejawne w postępowaniu o zamówienie publiczne mogą być tylko informacje chronione i to tylko one mogą zostać utajnione. Nie ma tym samym możliwości utajnienia całego dokumentu. Za ww. stanowiskiem przemawia literalna wykładnia przepisów art. 11 ust. 2 ustawy o znk jak i art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Oba przywołane przepisy posługują się słowem „informacje” i oba przepisy stanowią wyjątek od powszechnie stosowanej zasady jawności i transparentności. Z tego też powodu znaczenie słowa „informacje” nie może być odczytywane rozszerzająco.

Z przywołanych powyżej regulacji wynika, że dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest wykazanie statusu (rodzaju) informacji, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich wartości gospodarczej, jak również ich poufnego charakteru. Z powszechnie przyjętej i jednolitej na gruncie zamówień publicznych interpretacji tego przepisu zaś – że owo wykazanie nie może być jedynie ogólne, a szczególnie: ogólnikowe – lecz konkretne i nie budzące wątpliwości, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa. Przy czym podkreślenia wymaga, że każda z przesłanek z art. 11 ust.2 ustawy o znk i art. 18 ust. 3 Pzp powinna znaleźć uzasadnienie w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa jako faktyczna argumentacja dająca poddać się ocenie.

Tymczasem Wykonawca nie podołał obowiązkowi takiego wykazania, a tym samym dokonane przez nie zastrzeżenie nie jest skuteczne – Zamawiający zaś nie wykonał swojego obowiązku weryfikacji i oceny tego zastrzeżenia, wynikającego wyraźnie nie tylko z przywołanej praktyki oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, ale także z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21. W wyroku TSUE wskazano zaś, że zamawiający musi zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działać w sposób przejrzysty, a także postępować zgodnie z zasadami dobrej administracji. Tak więc zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować każdego dokonanego zastrzeżenia każdej rzekomej tajemnicy, lecz musi dokonać własnego badania i oceny, czy zastrzeżone informacje rzeczywiście takie cechy posiadają, przy czym co do zasady utajnianie nie mogą być informacje o charakterze jednorazowym, służące do sporządzenia tej jednej, konkretnej oferty, a decyzja zamawiającego nie może uniemożliwiać konkurentom korzystania ze środków ochrony prawnej – co ma miejsce w tym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, analiza decyzji Zamawiającego odnośnie nieodtajniania wyjaśnień prowadzi do stwierdzenia, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w dokumentach złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp., czym naruszył przepisy art. 18 ust. 1-3 Pzp. Zamawiający przyjął dokonane zastrzeżenie pomimo że nie spełnia ono wymogów

ustawowych i w żaden sposób nie wykazuje zasadności dokonanego zastrzeżenia, a jest jedynie bardzo ogólne, nie odnosi się do poszczególnych informacji i dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień. Na uwagę zasługuje fakt, iż Wykonawca z jednej strony utajnia całość wyjaśnień ceny, jednocześnie jako podstawowy element zastrzeżenia decydujący o jego skuteczności upatruje : „ *Informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach dotyczą specyficznych metod kalkulacji kosztów, które stanowią know-how przedsiębiorstwa, a tym samym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.*”

Uzasadnienie jest lakoniczne, skąpe, ogólne, sztaprowe, niedostosowane do rodzaju zastrzeganych informacji. Mogłoby być traktowane jako wstęp do szczegółowych wyjaśnień także w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Znaczną część uzasadnienia stanowi przywołanie regulacji prawnych, z treści uzasadnienia nie pozyskamy żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w zastrzeganych dokumentach.

Nie można oprzeć się wrażeniu, iż uzasadnienie zastosowane przez Wykonawcę do uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest sztaprowym, uzasadnieniem nieadekwatnym do informacji zastrzeganych w niniejszym postępowaniu. Nie ma w treści uzasadnienia ani jednego słowa o kategorii informacji składnikach cenotwórczych zastrzeganych w wyjaśnieniach ceny a wyraźnie wskazanych przez Zamawiającego w treści wezwania.

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. Powyższe prowadzi do wniosku, iż Wykonawca nie jest staranny w zastrzeganiu informacji, które w jego ocenie stanowią tajemnicę, sam je ujawnia, nie stanął na wysokości zadania i nie opisał osobno każdej z kategorii zastrzeganych informacji i powodów z jakich spełnia ona łącznie trzy przesłanki z art. 11 ust. 3 Pzp.

W treści uzasadnienia brak odniesienia się do pierwszej i drugiej z przesłanek kwalifikacji informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak jest informacji jaki rodzaj informacji znajduje się w ocenie Wykonawcy w zastrzeganych dokumentach. Z treści uzasadnienia nie dowiemy się czy Wykonawca zastrzegane informacje kwalifikuje jako stanowiące informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne a może informacje zaliczane do kategorii innych informacji. Brak jest klasyfikacji a tym bardziej uzasadnienia do przyjętej klasyfikacji. Z treści uzasadnienia dowiadujemy się jedynie, iż zastrzegane wyjaśnienia dotyczą „ *specyficznych metod kalkulacji kosztów, które stanowią know- how przedsiębiorcy, a tym samym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*”.

Tak naprawdę nie wiem jakie w ogóle informacje są zawarte w wyjaśnieniach, czy są to kwoty przeznaczone na sfinansowanie poszczególnych elementów zamówienia, czy są to jakieś upusty, rabaty, a może przyjęta ilość osób, zasady organizacji pracy itp. Nie wiemy co Wykonawca przez „ dane w piśmie” rozumie, nie podaje bowiem jakie to są dane a tym bardziej brak jest uzasadnienia spełnienia przez poszczególne zastrzeżone dane przesłanek z art. 11 ust2 ustawy o znk i art. 18 ust. 3 Pzp. A wyjaśnienie i opisanie tych kwestii jest kluczowe dla weryfikacji zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli z treści uzasadnienia nie wynika jakie dane zastrzega Wykonawca i dlaczego uznać należy, iż nie dokonał on skutecznego wykazania iż informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca nie precyzuje na czym polega owa „specyficzna metoda kalkulacji”, która miałaby przesądzać o jego know- how.

Wykonawca popełnia daleko idący wniosek iż oferty stosują odmienne metody kalkulacji kosztów, a wiedza o możliwościach obniżenia kosztów wykonania usługi nie jest powszechna i dostępna, nie uzasadniając tego twierdzenia. Zwłaszcza, iż przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania czystości,

gdzie przeważającą część kosztów stanowią koszty związane z pracownikami, a ich minimalna wysokość jak i obciążenia publicznoprawne regulowane są przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Wykonawca wskazał, iż: „Informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach dotyczą specyficznych metod kalkulacji kosztów, które stanowią know-how przedsiębiorstwa, a tym samym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika z informacji dot. otwarcia ofert, a następnie przeprowadzonej licytacji rozbieżność w wysokości oferowanych cen na wykonanie usług będących przedmiotem postępowania jest znacząca. Oznacza to, iż oferenci stosują odmienne metody kalkulacji kosztów, nie są one jednakowe, a zatem stanowią know-how podmiotów, które mogą zaproponować niższe wynagrodzenie za świadczone usługi. Biorąc pod uwagę wysokość ofert przedkładanych przez inne podmioty, wiedza dotycząca możliwości obniżenia kosztów wykonania usługi nie jest powszechna i dostępna. Stanowi ona wypadkową doświadczenia, znajomości przepisów i rozwiązań optymalizacyjnych i stanowi przewagę konkurencyjną Konsorcjum na rynku świadczenia przedmiotowych usług. Co za tym idzie, obiektywnie oceniając, stanowi wartość gospodarczą.

Ujawnienie informacji znajdujących się w wyjaśnieniu – kalkulacji osobom trzecim mogłoby skutkować wykorzystaniem ich w sposób nieuprawniony, co prowadziłoby do wyrządzenia szkody naszej firmie. Szkada polegałaby na zastosowaniu przez inne podmioty naszego doświadczenia i know-how, co zmniejszyło by naszą konkurencyjność na rynku świadczonych usług.”

Przywołany fragment stanowi jedyne miejsce gdzie wykonawca odnosi się do przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy znk.

Wykonawca zdaje się nie zauważać, iż różnica pomiędzy jego ofertą w ofertą Odwołującego wynosi 1 zł. Trudno więc mówić o znaczących rozbieżnościach pomiędzy zaoferowanym w toku licytacji cenami. Wykonawca nie precyzuje na czym polegają owe rozwiązania optymalizacyjne, dlaczego są właściwe tylko jemu, specyficzne a ponadto jak pozyskanie o nich wiedzy zniweluje przewagę konkurencyjną Wykonawcy. Wykonawca nie wyjaśnia jakie nieuprawnione sposoby wykorzystania informacji ma na myśli, jak inne podmioty na podstawie danych zawartych w wyjaśnieniach mogłyby osiągnąć doświadczenie i know – how Wykonawcy i jak to zmniejszyło by konkurencyjność Wykonawcy. Są to ogólne, gołosłowne twierdzenia niepoparte żadnymi konkretnymi rozważaniami na czym to nieuprawnione działanie miało polegać i jaką nieuprawnioną a bardziej konkurencyjną pozycję miały by osiągnąć inne podmioty.

Zestawienie treści uzasadnienia zastrzeżenia z art. 11 ustawy o znk z faktem braku choćby rodzajowo wskazanych informacji w prostej linii wskazuje, iż Wykonawca nie zawarł żadnego merytorycznego uzasadnienia zastrzeganych informacji. W żadnym punkcie nie opisało w czym upatruje cechy i wartości, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o znk. Odwołujący zwraca również uwagę, że ewentualna szkoda, którą może ponieść wybrany wykonawca na skutek odtajnienia nie została przez niego skonkretyzowana. Wykonawca nie wyjaśnił jaką szkodę może ponieść w przypadku, gdyby konkurenci poznali treść wyjaśnień ceny ową specyficzną metodę kalkulacji opisaną w zastrzeżonych przez siebie dokumentach, jak wpłynęło by to na możliwość konkurowania w przyszłości w innych postępowaniach i na zmianę pozycji Wykonawcy na rynku. 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.

Wykonawca nie wykazał, zdaniem Odwołującego, iż w treści dokumentów zawarta jest jakaś unikalna, metoda kalkulacji czy obniżania kosztów, która ujawniona jego konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. Wykonawca nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych założeń narazi go na możliwość poniesienia szkody, bowiem nie przedstawił on żadnej analizy pomiędzy założeniami Wykonawcy a rzekomym ryzykiem poniesienia szkód.

Przedstawione przez niego uzasadnienia zastrzeżenia są ogólnikowe, obejmujące ogół słowne deklaracje. Mają one charakter na tyle ogólny, że mogłoby w tym samym kształcie zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu.

Podnieść należy, że informacje zawierane w wyjaśnieniach ceny są sposobem budowy tej konkretnej ceny, dedykowane wyłącznie dla tego zamówienia, co świadczy o ich jednorazowości, a co przez TSUE w wyroku C-54/21 zostało uznane za cechę, która powoduje brak poufności takich informacji.

Zresztą jednorazowość danych założeń i wyliczeń dla danego przetargu jest oczywista, gdyż dobór poszczególnych elementów zależy od wielu czynników, nawet przy tak powtarzalnej usłudze jak sprzątanie, gdyż dobór pracowników, sprzętu czy środków czystości zależy głównie od wielkości i zakresu zamówienia oraz wymagań danego zamawiającego. Poza tym rozmiar pracy potrzebnej do wykonania zamówienia powoduje, że zarówno osoby, jak i sprzęt do świadczenia usługi, są przypisane do konkretnego miejsca i nie są przenoszone pomiędzy poszczególnymi zamawiającymi. Także dobór środków chemicznych do czyszczenia i dezynfekcji jest najczęściej dobierany indywidualnie. Zresztą wątpliwe jest, by Wykonawca w swoich wyjaśnieniach zawarło aż tak szczegółowe i niespotykane informacje w tym zakresie, by aż stanowiło to tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego wskazany wyżej fragment uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia charakteryzuje się zbyt wysokim stopniem lakoniczności, by móc uznać go za skuteczne wykazanie, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust 2 znk, w szczególności mają wartość gospodarczą. Podkreślić należy, że wykonawca w składanych wyjaśnieniach wskazuje na ogół różnego rodzaju informacje, z których każda może mieć inne znaczenie gospodarcze i w inny sposób kształtuje sytuację rynkową wykonawcy, czego Wykonawca szczegółowo nie opisał i nie wykazał. Ponadto jedynym uzasadnieniem mającym wykazać fakt, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, mają wartość gospodarczą dla Wykonawcy jest stwierdzenie, że: „*Biorąc pod uwagę wysokość ofert przedkładanych przez inne podmioty, wiedza dotycząca możliwości obniżenia kosztów wykonania usługi nie jest powszechna i dostępna. Stanowi ona wypadkową doświadczenia, znajomości przepisów i rozwiązań optymalizacyjnych i stanowi przewagę konkurencyjną Konsorcjum na rynku świadczenia przedmiotowych usług. Co za tym idzie, obiektywnie oceniając, stanowi wartość gospodarczą. Ujawnienie informacji znajdujących się w wyjaśnieniu – kalkulacji osobom trzecim mogłoby skutkować wykorzystaniem ich w sposób nieuprawniony, co prowadziłoby do wyrządzenia szkody naszej firmie. Szkoda polegałaby na zastosowaniu przez inne podmioty naszego doświadczenia i know-how, co zmniejszyło by naszą konkurencyjność na rynku świadczonych usług*”, ich pozyskanie przez konkurentów dawałoby konkurentom możliwość ich nieuprawnionego wykorzystania korzyści (bliżej nie określonej na czym miałyby polegać owo nieuprawnione wykorzystanie korzyści w odniesieniu do zastrzeganych informacji) i wyrządziłoby szkodę poprzez zastosowanie doświadczenia i know-how (również jak wskazywano już wcześniej Wykonawca poprzestał tu na zastosowaniu pojęć nieokreślonych bez przeprowadzenia ciągu myślowego i wyjaśnienia jak dane z wyjaśnień ceny świadczą o doświadczeniu, know-how i jak te informacje można wykorzystać w innych postępowaniach by wywołać skutek zmniejszenia konkurencyjności. Wykonawca nie wyjaśnił przy tym, na czym polega unikalność zastosowanej przez niego strategii cenowej ani też w jaki sposób na podstawie tych informacji inni wykonawcy mogliby oferować niższe ceny. Nie można przypisać wartości gospodarczej informacjom, które są istotne w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale nie mają takiej wartości w szerszym kontekście działalności wykonawcy. Sformułowania te są bardzo ogólne i nie dają żadnej wiedzy w zakresie tego, na czym polega oryginalność zastosowanych rozwiązań.

Odwołującego interesują dane zbiorcze o ilości osób, wymiarze czasu pracy, zakresie obowiązków, jakie mogą im być powierzane. Powyższe wynika jednak z przepisów prawa i doświadczenia życiowego

dostępnego wszystkim profesjonalistom, nie zaś know-how znanego jedynie jednemu wykonawcy. Wszyscy bowiem wykonawcy działający w sferze usług sprzątanias i obsługi szpitali czy obiektów dydaktycznych, obiektów użyteczności publicznej znają i korzystają z możliwości zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Podobnie nie jest niczym wyjątkowym zatrudnianie osób do sprzątanias w oparciu o wynagrodzenie minimalne lub niewiele wyższe. Podobnie jeśli chodzi o wykorzystywany sprzęt czy środki czystości. Tym samym trudno tu mówić o jakiejś wyjątkowej strategii czy rozwiązaniach organizacyjnych i technologicznych Wykonawcy. Zwłaszcza, że sam Wykonawca nie dokonał w ogóle klasyfikacji informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny jako organizacyjnych, technicznych, technologicznych i nie wyjaśnił w czym upatruje ich wartości gospodarczej.

Główne koszty, do których Wykonawca powinien się odnieść w wyjaśnieniach to:

1. koszty wynikające ze sposobu świadczenia usługi podanego w SWZ (powierzchnia i częstotliwość sprzątanias poszczególnych komórek organizacyjnych), co przekłada się na koszty pracy z uwzględnieniem niezbędnych rezerw na zastępstwa nieobecnego personelu, które powinny zostać uwzględnione w cenie sprzątanias m2;
2. koszty materiałowe niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia (m.in. koszt chemii, materiałów oraz narzędzi, urządzeń, odzieży; badań, paliwa, podatki i inne należności publicznoprawne; wszelkie opłaty), które powinny zostać uwzględnione w cenie sprzątanias m2;
3. Koszty prac wykonywanych okresowo np. mycie okien, konserwacja podłóg z PCV, Koszty doraźnych awaryjnych prac porządkowych, które wymagają bezzwłocznego podjęcia czynności przez personel Wykonawcy,
4. koszty ubezpieczenia, zysk, narzuty, itp. które powinny zostać uwzględnione w cenie sprzątanias

Wycena ta nie jest więc żadnym know-how specyficznym jedynie dla Wykonawcy, a nieznanym jego konkurentom i dla nich niedostępne. Wykonawcy bowiem, w ramach ceny oferty, powinni byli jedynie dokonać rzetelnej wyceny takich samych elementów.

Jak wskazała Izba w wyroku z 21 grudnia 2021 r., KIO 3537/21, KIO 3548/21: Zastrzeżone wykazy oferowanych środków czystości obejmują dostępne na rynku produkty, które są dobierane przez wykonawców odpowiednio do wymogów określonych przez Zamawiającego w SWZ. Zestawienie środków spełniających wymagania Zamawiającego (w formie listy) nie stanowi unikalnej koncepcji realizacji zamówienia podlegającej ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Lista środków czyszczących używanych w placówkach szpitalnych jest łatwo dostępna dla nieograniczonego kręgu osób. Wymagania w tym zakresie są jednoznaczne i jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, zostały narzucone w SWZ przez Zamawiającego. Spełnienie tych wymagań w postaci przedstawienia listy środków nie niesie w sobie wartości gospodarczej, która podlegałaby jako taka ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Również karty charakterystyki oraz karty dopuszczające środki do użytku w placówkach ochrony zdrowia są kierowane przez producentów tych środków do nieograniczonego kręgu osób. Celem tych dokumentów jest wręcz powszechne informowanie o właściwościach określonych preparatów do nieograniczonej liczby osób zainteresowanych tymi informacjami. Analogiczne stanowisko można zająć w stosunku do wyceny użycia tych środków.

Reasumując dotychczasowy wątek rozważań Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej utajnionego dokumentu czy informacji w nim zawartych – poza ogólnikami. Wskazanie wartości gospodarczej może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja dlatego, że pozostaje poufna lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone przez innych wykonawców, jeśli zostanie ujawniona, co narazi wykonawcę na szkodę. Mając na uwadze podstawowe założenie w tym zakresie, a mianowicie, że wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbićiem na

każdą informację poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Niekiedy zgodnie z orzecznictwem niezbędne do wykazania jest podanie ich pieniężnej wartości rynkowej lub księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. Niekiedy wystarczającym będzie – tam, gdzie nie możliwe jest wyliczenie – dokładne opisanie mechanizmu wyliczenia wartości gospodarczej. Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia nie wykazało żadnej skonkretyzowanej lub wyliczonej wartości gospodarczej. Co istotne w uzasadnieniach zastrzeżeń brak nawet logicznej argumentacji odnoszącej się do tego aspektu.

Podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania czystości, czyli usługa o powszechnym charakterze, niewymagająca tworzenia indywidualnych koncepcji o charakterze twórczym, zaś zastosowane metody oszczędności muszą być zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawnymi. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Wykonawca nie wykazał gospodarczej wartości zastrzeżonych informacji.

Wykonawca nie wykazał, zdaniem Odwołującego, iż w treści dokumentów zawarta jest jakaś unikalna, uniwersalna technologia, która ujawniona jego konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. Wykonawca nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych założeń narazi go na możliwość poniesienia szkody, bowiem nie przedstawił on żadnej analizy pomiędzy założeniami Wykonawcy a ryzykiem poniesienia szkód. W ogóle ujawnienie informacji nie wiąże z doznaniem szkody a jedynie z uzyskaniem korzyści bądź zaoszczędzeniem wydatków przez konkurentów, choć nie przeprowadza wywodów – o czym była mowa wcześniej- jakie to korzyści miałyby być i jakich kosztów uniknęli by konkurenci poznając treść wyjaśnień ceny i załączników. W ogóle w treści zastrzeżenia nie ma informacji jakie są załączniki, nie ma również wyspecyfikowania informacji jakie są w nich zawarte i w jaki sposób każda z nich spełnia przesłanki z art.11 ust. 2 ustawy o znk. Już taki sposób prezentowania zastrzeganych informacji czyni nieskutecznym ich zastrzeżenie.

Trudno zatem wyobrazić sobie w jaki sposób inni wykonawcy mieliby skorzystać z danych zawartych w takim dokumencie. Wykonawca nawet potencjalnie nie wskazało na takie sytuacje w treści swojego uzasadnienia. To, że określona informacja ma charakter finansowy, techniczny, organizacyjny 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. Jeszcze raz podkreślić należy, iż Wykonawca nie listuje (nie wymienia, nie precyzuje) jakie informacje zawarł w wyjaśnieniach ceny, które zasługują na ochronę i dlaczego, co składa się na metodę kalkulacji kosztów.

Wykonawca nie precyzuje czy chodzi o sposób organizacji pracy, rozwiązania w zakresie doboru i wydajności środków, liczba osób i sposób zatrudnienia, i że podana struktura stanowi o przewadze konkurencyjnej. Wykonawcy nie tylko nie wykazuje czy nie uprawdopodobnia, on nawet nie wyjaśnia, nie opisuje posiadania przez zastrzeżone informacje jakiegokolwiek wartości gospodarczej. O przewadze konkurencyjnej mogłaby świadczyć innowacyjność podejścia do realizacji przedmiotu zamówienia lub inne unikalne okoliczności pozwalające na ponadprzeciętne oszczędności jednakże żadne z takich okoliczności nie zostały przez Wykonawcę wskazane.

Zdaniem Wykonawcy informacje zawarte w wyjaśnieniach są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż spełniają ustawowe wymogi ochrony wynikające z ustawy o znk. Jednak istotne jest, że możliwość powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga wskazania przez Wykonawcę precyzyjnych informacji jakie winny zostać objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji przesłanek koniecznych do ochrony. Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o znk wyraźnie wskazuje, że ochronie podlega

informacja mająca wartość gospodarczą. Wykonawca nie podjął nawet próby wykazania wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 znk. Brak jest jakichkolwiek dowodów, iż 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, co więcej brak jest odpowiednich dowodów podjęcia działań w celu zachowania poufności.

Wykonawca załączył wprawdzie dokumenty, które miały potwierdzać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Są to dokumenty w postaci polityki bezpieczeństwa informacji, klauzul poufności, instrukcji dla pracowników.

W tym miejscu podkreślić należy, iż najnowsze orzecznictwo KIO nie pozwala na poprzestaniu na załączeniu ogólnych umów w przypadku zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że nie przedstawił dokumentów odnoszących się do zastrzeżenia tajemnicy tych konkretnych informacji, które złożone zostały w postępowaniu. Ogólne klauzule, instrukcje składane przez Wykonawców są dowodem na okoliczność, że określony podmiot chroni informacje dotyczące tego podmiotu w ogóle. Natomiast w przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa, chodzi o ochronę konkretnej informacji i ochrona konkretnej informacji powinna zostać wykazana. Dokumenty w postaci polityki bezpieczeństwa, instrukcji dla pracowników, umów z pracownikami, są powszechnie stosowanymi dokumentami przez przedsiębiorców. Natomiast w przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa mamy do czynienia ze szczególną informacją, która – skoro jest ważna i posiada wartość gospodarczą - to jest dodatkowo chroniona i fakt istnienia tej ochrony Wykonawcy powinni byli wykazać. Przedstawiając konkretne dokumenty, konkretnych osób w tym postępowaniu. Fakt, że takie wzory są stosowane nie przesądza o tym, iż zobowiązane do ich stosowania zostały osoby sporządzające ofertę w niniejszym postępowaniu. Ma to elementarne znaczenie w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż jak wskazano powyżej, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne – i jest to jedna z naczelných zasad postępowania.

Na marginesie wskazać należy, że jeżeli Wykonawca chciał zastrzec Politykę Bezpieczeństwa Informacji, Klauzule poufności, instrukcje dla pracowników powinni również przywołać w uzasadnieniu zastrzeżenia powody, dla których wobec tego dokumentu spełnione są wszystkie przesłanki z art. 11 ustawy o znk czego w niniejszej sprawie w ogóle nie uczyniło. Nie można bowiem uznać za takie uzasadnienie z twierdzeń zawartych na stronie 2 uzasadnienia, gdzie w ostatnim akapicie wskazuje się, iż powodem zachowania w poufności jest fakt, iż „*dostęp do dokumentów uważanych za poufne chroniony jest odpowiednimi hasłami w obu spółkach*”. Powyższe uwagi są ogólne, lakoniczne i nie poparte dowodami.

Nadmienić należy, że Wykonawca nie przedstawia umowy konsorcjum ani innego dokumentu, który potwierdzałby, że u obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego funkcjonują takie same zasady postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak przedstawienia umowy konsorcjum, która przecież powinna zostać zawarta przed przystąpieniem do postępowania, nie stanowiło żadnego dodatkowego utrudnienia dla Wykonawców.

W treści uzasadnienia zastrzeżenia brak jest również odniesienia się i argumentacji jak w niniejszym postępowaniu w związku z danymi zawartymi w wyjaśnieniach ceny Wykonawca realizuje wytyczne zawarte w drugiej z przesłanek opisanych w art. 11 ust. 2 Pzp tj. jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Brak jest również argumentacji w zakresie przesłanki 3 tj. uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w

poufności. Wykonawca załącza w tym celu jedynie dokumenty (bez umowy konsorcjum która potwierdzałaby iż u obu konsorcjantów stosowane są podobne metody postępowania z informacjami poufnymi) w treści uzasadnienia zastrzeżenia nie opisuje w ogóle działań podejmowanych wobec konkretnych zastrzeganych w tym postępowaniu informacji jest mowa o procedurach wewnętrznych bez żadnych szczegółów. Na tej podstawie nie sposób stwierdzić jaka była treść owych klauzul poufności, wewnętrznych regulacji oraz jakie były sankcje za naruszenie powyższego zakazu przez pracownika czy partnera biznesowego.

Nadmienić należy, iż informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną. Powszechna znajomość informacji albo co najmniej dostęp do niej osób, które są specjalistami w danej dziedzinie (osoby zwykle zajmujące się tym rodzajem informacji) wyłącza możliwości uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym miejscu podnieść należy, iż Wykonawca w postępowaniu prowadzonym przez tego Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie usług w zakresie obsługi technicznej łaźni na Ruchu Jankowice, Ruchu Marcel i Ruchu Rydułtowy KWK ROW”, numer referencyjny: 482001297, w zakresie części (zadania) II, Ogłoszenie o zamówieniu: opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 079-204290 w dniu 23 kwietnia 2021 r. przedłożył wyjaśnienia ceny, których zastrzeżenia nie dokonał. Innymi słowy Wykonawca uznał, iż wyjaśnienia ceny przedkładane w wyniku wezwania z art. 224 Pzp w przywołanym postępowaniu nie stanowią informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa. Przywołane postępowanie odnosiło się do analogicznego przedmiotu zamówienia. Tym samym Wykonawca nie jest konsekwentny w zastrzeganiu tej kategorii informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i wcześniej już podał do wiadomości wykonawców konkurencyjnych informacje o stosowanych przez siebie metodach kalkulacji, sposobach obniżenia kosztów wykonania usługi.

Powyższe klauzule czy ograniczenia dostępu, to rozwiązania stosowane powszechnie, umożliwiające normalne funkcjonowanie przedsiębiorstw. Nie są to rozwiązania autorskie, stworzone na potrzeby tego postępowania, zawierające jakiegokolwiek innowacyjne rozwiązania. Zawieranie w umowa z pracownikami klauzul o poufności, czy stosowanie haseł w systemach informatycznych pozwalających na zabezpieczenie danych to działania rutynowe i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności ww. dokumentów jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich poprawności, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie oferty i wyjaśnień ceny. Znamienne jest, iż w zastrzeżonych dokumentach mogły znajdować się pojedyncze informacje stanowiące wartość gospodarczą, jednak Wykonawca ich nie wskazał, nie wykazał dlaczego chce tego rodzaju dane chronić i nie wykazał zasadności zastrzeżenia w sposób wymagany przepisami prawa. Utajnienie przez Wykonawcę całości informacji zawartych w dokumentach złożonych w dniu 17 lutego 2025 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 Odwoływającego, Wykonawca nie wykazał.

Należy mieć na uwadze, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest utrzymanie czystości, a tym samym usługa powszechnie dostępna o ustalonych standardach jakościowych. Poza sporem pozostaje fakt, iż decydującym kosztem w realizacji takiego zamówienia są koszty osobowe. Wykonawca nie wykazał innowacyjności, odmienności w sposobie zatrudnienia osób, nie przeprowadził wywodu w tej

sprawie, zresztą kwestie te regulowane są przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa i nie stanowią wiedzy dostępnej tylko dla Wykonawcy. 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, minimalnej stawki godzinowej wartości pozapłacowych kosztów zatrudnienia pracowników. Reasumując wyjaśnienia wraz z załącznikami stanowią kompilację powszechnie dostępnych informacji oraz informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w całości.

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 on żadnej analizy pomiędzy założeniami Wykonawcy a rzekomym ryzykiem poniesienia szkód w tym 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 zużycia 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 metody kalkulacji mają obiektywną wartość gospodarczą i jako takie mogą być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych. W treści zastrzeżenia nie odnajdziemy żadnych „innowacyjnych” metod, których ujawnianie narażałoby Wykonawcę na identyfikowalną stratę ekonomiczną. Reasumując Wykonawca w żadnym miejscu nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, powołując się jedynie na ogólne stwierdzenia, że informacje przedstawiają realną wartość a ujawnienie informacji zagraża jego istotnym interesom. Co istotne w uzasadnieniach zastrzeżeń brak nawet logicznej argumentacji odnoszącej się do tego aspektu. Powyższe uwagi Odwołującego znajdują swoje potwierdzenie w szeregu orzecznictwa KIO: wyrok z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1187/18; wyrok KIO z dnia 10 lipca 2018 sygn. akt KIO 1257/18; wyrokami KIO z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 851/16 oraz z dnia 26 października 2018 r., sygn. akt KIO 2063/18; powołaniu wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 55/18, wyroku z dnia 20 lipca 2021 sygn. akt KIO 1530/21, wyroku z dnia 22 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 715/21 jak również w przywołanym we fragmentach w niniejszym odwołaniu wyroku z dnia 19 października 2021 r. sygn. akt KIO 2758/21, KIO 2770/21: *„Tym samym w opinii Izby Odwołujący w żadnym miejscu nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, powołując się jedynie na ogólne stwierdzenia, że ujawnienie informacji narazi go na szkodę. Co istotne obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki poprzez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego wykonawcę. Zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą. Tymczasem STEKOP, w treści uzasadnienia enumeratywnie wymienił dokumenty oraz czynniki które według niego taką wartość posiadają, jednakże w żaden sposób nie próbował wykazać dlaczego np. koszty badań lekarskich czy np. zakup odzieży są informacjami które taki walor posiadają, w czym wykonawca upatruje wystąpienie tej okoliczności. Również nie wykazano dlaczego koszty związane z*

wynagrodzeniem, czy też fakt korzystania z pomocy publicznej taką tajemnicę stanowi. Izba wskazuje, że z merytorycznego punktu widzenia, przesłank art. 11 ust. 2 uznk nie spełniają informacje wynikające z przepisów, np. dotyczących minimalnego wynagrodzenia. W ocenie Izby za tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób uznać również przyjętej ilości roboczogodzin, ani też zakładanego zysku. Fakt posiadania pracowników posiadających określone uprawnienia, jak również orzeczony stopień niepełnosprawności także nie sposób uznać za jakiegokolwiek know-how przedsiębiorcy. (...) Izba podkreśla ponadto, co już wielokrotnie wskazywała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie powodów zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa i rolą wykonawcy jest takie jego sporządzenie, by takich tajemnic w tym uzasadnieniu nie ujawniać. Zamawiający zaś tym bardziej nie może odmówić wykonawcy dostępu do informacji, które nie zostały w ogóle zastrzeżone. W stosunku zaś do samego sposobu zastrzegania dokumentów Izba, również wielokrotnie, podkreślała, że ze względu na fakt, że zastrzeganie takie jest zaprzeczeniem zasady jawności postępowania (art. 18 ust. 1 i 2 Pzp), jak i jego przejrzystości (art. 16 pkt 2 Pzp), zastrzeganie takie powinno się odbywać z zastosowaniem zasady minimalizacji, czyli zastrzegany powinien być jak najmniejszy możliwy wycinek tekstu: pojedyncze dane (np. dane liczbowe, nazwy kontrahentów), pojedyncze wersy lub ich fragmenty, pojedyncze zdania lub ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty itd., a całe dokumenty jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości, gdyż w zamówieniach publicznych w rzeczywistości jedynie wyjątkowo zdarza się, że całe dokumenty – od początku do końca – są ową informacją posiadającą cechy tajemnicy.”

Reasumując, w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały wyspecyfikowane konkretne informacje, które w ocenie Wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wymienił konkretnych, poszczególnych informacji składających się na ową szczegółową kalkulację ceny i wszystkich jej składowych – kosztów osobowych, sprzętowych, środków, administracyjnych, zysku informacji składających się na budowę ceny w niniejszym postępowaniu, które to informacje w jego ocenie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i dlatego. Nie opisał w czym upatruje w każdej z poszczególnych zastrzeganych informacji wartości gospodarczej, i jakiej wysokości ta wartość jest, jak owy sposób zestawienia informacji, sposób kalkulacji ceny optymalizuje zysk, w jaki sposób ujawnienie tej informacji zniweluje przewagę konkurencyjną na rynku i na czym będzie polegać szkoda, której dozna w skutek ujawnienia poszczególnych, konkretnych informacji. Innymi słowy nie zostało opisane a tym bardziej wykazane jak informacje zawarte w dokumentach założonych w dniu 17 lutego 2025 r. oddziałują na sytuację Wykonawcy poza postępowaniem objętych niniejszym odwołaniem.

Trudno dopatrzeć się uzasadnienia dla zastrzeżenia kosztów pracowniczych, ilości osób, założeń przyjętych przy wyliczeniu poszczególnych składników cenotwórczych, czy zysku. Dodatkowo podnieść należy, że z uwagi na wymogi Zamawiającego co do zakresu czynności, godzin pracy itp. ewentualne kalkulacje osobowe Wykonawcy jak i każdego innego wykonawcy składającego ofertę mają charakter co do zasady jednorazowy, związany jedynie z tym postępowaniem. Są one unikalne i właściwe wyłącznie dla tego postępowania, w szczególności z uwagi na postawione przez Zamawiającego oczekiwania co do zatrudnienia osób na umowę o pracę. Ujawnienie ilości osób i etatów wymaga w tym względzie tym bardziej wykazania łącznego spełniania przesłanek z art.11 ust. 2 znk, w innym przypadku uznać należy za niezasadne i zmierzające jedynie do uniemożliwienia weryfikacji oferty przez pozostałych wykonawców. Jeżeli wyjaśnienia są unikalne i jednorazowe, gdyż złożone pod kątem wymogów zamawiającego co do rodzaju czynności, godzin pracy, specyfiki obiektu pozwalającego bądź nie na użycie określonego rodzaju maszyn bądź sprzętu, to informacje te nie mogą już być gospodarczą wykorzystane ani przez Wykonawcę ani żadnego innego wykonawcę. Inne podejście wymaga szczegółowego opisanie i wykazania w toku sporządzania i przedkładania zastrzeganych informacji.

Treść zastrzeżenia dokonanego przez Wykonawcę ma charakter ogólnikowy, lakoniczny, w szczególności nie zawiera żadnych konkretnych uzasadnień świadczących o ochronie informacji, wskazujących na ziszczenie się wobec zastrzeganych informacji przesłanek z art. 11 ustawy o znk. KIO stoi na stanowisku, że na ochronę przed ujawnieniem nie zasługuje uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zawierające ogólnikowe stwierdzenia czy przytoczenie orzeczeń KIO: „standardowe, ogólne stwierdzenia mające służyć chronieniu opisu technicznego nie uzasadniają zastrzeżenia informacji chociażby z tej racji, że przeciwstawia się temu dobro publiczne” (wyrok KIO z 28 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 256/17), a „wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa” (wyrok KIO z 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 421/17, por. wyrok KIO 22 kwietnia 2021r. KIO 715/21).

W ocenie Odwołującego na podstawie lektury 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 metody wyceny realizacji zamówienia powinien wykazać, że ten sposób kalkulacji ceny, metodologia wykonania usługi, sposobu organizacji, sposób finansowania, 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.

Nadmienić należy, iż brak ziszczenia się którejkolwiek z przesłanek art. 11 ust. 2 ustawy o znk pociąga za sobą uznanie, że wyjaśnienia nie zawierają informacji mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (jak ma to miejsce w niniejszej sprawie), zastrzeżenie tajemnicy jest nieskuteczne. Brak dostatecznego uzasadnienia przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwalnia więc zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w zastrzeżeniu informacji, tym bardziej zwalnia z obowiązku zastrzeżenia informacji, które w ogóle nie zostały ujęte w zastrzeżeniu.

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.

Reasumując powyższe okoliczności tj. sztampowy charakter uzasadnienia stosowany w przypadku zastrzegania różnych informacji stanowią 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.

Uwzględniając powyższe 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 ochrony, (które w orzecznictwie KIO nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa), ilości i rodzaj wymaganego sprzętu i materiałów, kwot przeznaczonych na zakup sprzętu, urządzeń, materiałów, informacje o posiadanych zapasach magazynowych, koszty administracyjne, ogólnozakładowe, zysk itd.. De facto z uwagi na sposób zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na nieskuteczność wykazania, iż informacje te stanowią tajemnice przedsiębiorstwa Zamawiający zobowiązany jest do ujawnienia i udostępnienia całej treści dokumentów objętych zastrzeżeniem.

Wskazując za Krajową Izbą Odwoławczą złożenie wyjaśnień ogólnikowych w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa jest traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę informacji (por. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2024 r. sygn. akt KIO 101/24). Zdaniem Odwołującego treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sformułowana w tak ogólny i nieczytelny sposób jako taka nie powinna stanowić podstawy do dokonania skutecznego zastrzeżenia dokumentów. Ponadto jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza „*Tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć charakter obiektywny, a brak przedstawienia przez wykonawcę w tym zakresie dowodów podważa wiarygodność samych oświadczeń wykonawcy. Samo powołanie się na politykę tajemnicy przedsiębiorstwa, czy też zarządzenie powołujące zespół przetargowy bez podania realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Tego rodzaju ogólniki mogą zostać wskazane przez każdego wykonawcę na potrzeby każdego postępowania. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach winien odnieść się do każdej informacji jak również do każdego z dokumentów osobno i dla każdego z nich osobno wykazać, jakie z informacji zawartych w wyjaśnieniach oraz danych dokumentach mają charakter tajemnicy i dlaczego.*” (wyrok KIO z dnia 12 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1196/23).

Zatem brak możliwości identyfikacji poszczególnych dokumentów sam w sobie wyklucza możliwość spełnienia warunku skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jakim jest odniesienie się w uzasadnieniu do każdej z zastrzeganych przez wykonawcę informacji oraz do każdego z dokumentów osobno. Skoro bowiem nie wiadomo jakie dokumenty mają podlegać zastrzeżeniu (brak wyspecyfikowanych załączników), tym bardziej nie wiadomo czy przedstawione przez wykonawcę uzasadnienie odnosi się do treści ww. dokumentów oraz czy zostało prawidłowo zindywidualizowane.

Należy podkreślić, że ocenie na etapie postępowania odwoławczego przed KIO - nie ma możliwości prawnych co do udostępnienia treści dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa na rozprawie bądź posiedzeniu. Nie będzie również działaniem zgodnym z przepisami takie działanie, że Zamawiający samodzielnie uwzględni zarzut dotyczący zaniechanie odtajnienia, bez formalnego uwzględnienia zarzutu i jednocześnie nie anuluje czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - ponieważ będzie to skutkowało pozbawieniem możliwości skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej. Potwierdzenie się zarzutów odwołania dotyczących zastrzeganych przez Wykonawcę, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, musi skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęcie odmiennego stanowiska powodowałoby niecelowość stawiania tego rodzaju zarzutów, gdyż nawet ich potwierdzenie, w toku postępowania odwoławczego, nie będzie otwierało wykonawcy drogi do wniesienia odwołania w którym, po zapoznaniu się z ofertą konkurenta, mógłby zakwestionować prawidłowość badania i oceny jego oferty, w szczególności zaniechanie jej odrzucenia z powodu faktu, iż jest oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia czy też złożona została przez Wykonawcę, który nie przedłożył przedmiotowych środków dowodowych. Zaniechanie ujawnienia

opisanych w zarzucie dokumentów ma istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Reasumując, należy uznać, iż czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp. W związku z powyższym, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie, dlatego też wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
5. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

.....
r. pr. Iwona Januszewska
(nr wpisu WA-11144)
pełnomocnik Odwołującego