

**WYROK**

Warszawa, dnia 24 stycznia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. z siedzibą w Kruszwie w postępowaniu prowadzonym przez Teatr Nowy im. Kazimierza Dejmka w Łodzi

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Koncesjonowane Biuro Ochrony „MAGNUM” J. S. w Łodzi

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie złożonych przez wykonawcę J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Koncesjonowane Biuro Ochrony „MAGNUM” J. S. w Łodzi dokumentów, tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wykazu usług, wykazu osób, wykazu sprzętu, koncesji na świadczenie usług ochrony i mienia w zakresie objętym przedmiotem zamówienia ważnej przez cały okres wykonywania zamówienia oraz oświadczenia wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej.
2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego – Teatr Nowy im. Kazimierza Dejmka w Łodzi i:
  - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. z siedzibą w Kruszowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego – Teatr Nowy im. Kazimierza Dejmka w Łodzi na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. z siedzibą w Kruszowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca: .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Teatr Nowy im. Kazimierza Dejmka w Łodzi [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp na *usługi z zakresu ochrony osób i mienia w obiekcie Teatru Nowego im. Kazimierza Dejmka w Łodzi w roku 2024 r.* (znak postępowania: I/XII/2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 grudnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00539250/01.

W dniu 2 stycznia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. z siedzibą w Kruszwie [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy p.z.p., art. 74 ust.1 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych w trybie przepisu art. 224 ustawy p.z.p., a co za tym idzie nieuzasadnionym utajnieniu tych wyjaśnień przez Zamawiającego i w konsekwencji zaniechanie ich ujawnienia;
2. art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy p.z.p., art. 74 ust.1 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum jako tajemnicy przedsiębiorstwa podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
3. ewentualnie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy w zw. z art. 224 ust.2 p.z.p. w zw. z art. 18 ust.1 p.z.p. w zw. z art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę w sytuacji, gdy cena złożonej oferty była rażąco niska i stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżenie kosztów realizacji usługi co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień Wykonawcy dotyczących ceny oferty

- oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty a następnie powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem odtajnionych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
- 2) nakazanie Zamawiającemu odtajnienie podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wykonawcę a następnie powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem odtajnionych podmiotowych środków dowodowych;
  - 3) ewentualnie, w razie nie uwzględnienia przez Izbę zarzutu określonego w pkt 1 odwołania, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
  - 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa wg. norm przepisanych.

Odnośnie zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że dnia 28 grudnia 2023 r. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, udzielając zamówienia Wykonawcy KBO Magnum. Odwołujący wystąpił z wnioskiem o udostępnienie korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. W dniu 29.12.2023 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o odmowie przekazania przedmiotowej korespondencji, z uwagi na rzekome skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę. Z powyższą decyzją Zamawiającego nie można się zgodzić. W ocenie Odwołującego zaniechanie odtajnienia żądanych dokumentów zostało dokonane z naruszeniem art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy p.z.p., art. 74 ust.1 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że wnioskowana korespondencja obejmowała wyjaśnienia Wykonawcy dotyczące ceny oferty, jak i podmiotowe środki dowodowe (wniosek dotyczył bowiem całości korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą - Koncesjonowanym Biurem Ochrony Magnum J. S., dotyczącej przedmiotowego postępowania). Już sam fakt nieudostępnienia całości dokumentacji stanowi naruszenie zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 18 ust. 1 i w ocenie Odwołującego jest wynikiem zaniechania przez Zamawiającego szczegółowej analizy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika bowiem, że zastrzeżenie to dotyczy kalkulacji ceny oraz danych osobowych pracowników, nie dotyczy natomiast środków odnośnie wykazu usług, wykazu osób oraz wykazu dysponowanym sprzętem.

Przechodząc do zaniechania odtajnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, Odwołujący wskazał, iż na uwagę zasługuje lakoniczność uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z lektury przedłożonego przez Wykonawcę oświadczenia nie da się wywieść jakie dokumenty tak naprawdę mają pozostać objęte przedmiotowym zastrzeżeniem. Wykonawca nie wymienił bowiem o jakie konkretnie dokumenty chodzi. W konsekwencji Zamawiający niejako „w ciemno” utrzymał w tajemnicy całość

korespondencji. Zastrzeżenie to dotyczy również wyjaśnień ceny oferty. Dostrzec należy, że odnośnie tego aspektu, Wykonawca zastrzegł jedynie kalkulację ceny, a nie całość wyjaśnień. Wyjaśnienia o których mowa w art. 224 ustawy Pzp co do zasady obejmują swym zakresem (a przynajmniej powinny obejmować) więcej informacji aniżeli tylko kalkulację. Kalkulacja jest zatem jedynie elementem szerszych wyjaśnień, w których należy uwzględnić wszystkie okoliczności mających wpływ na cenę oferty, takich jak w szczególności: ilość pracowników skierowanych do realizacji zamówienia, okoliczność korzystania z dofinansowania do pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, czy też faktu otrzymywania pomocy publicznej z tytułu zatrudniania pracowników bezrobotnych, a także inne elementy mające wpływ na cenę oferty (koszty administracyjne, wyposażenia pracownika, itd.). Dlatego też nawet gdyby Zamawiający przyjął za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie kalkulacji ceny, to w pozostałym zakresie powinien udostępnić wyjaśnienia dotyczące ceny oferty. Biorąc bowiem pod uwagę obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadę jawności postępowania, Zamawiający powinien wszelkie oświadczenia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa interpretować w sposób ścisły, a nie jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu, dokonywać wykładni rozszerzającej polegającej na przyjęciu, że kalkulacja ceny dotyczy de facto całości wyjaśnień. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21 i wskazał, że niedopuszczalne jest bezrefleksyjne zastrzeganie „wszystkich załączonych dokumentów”, a taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Już chociażby już z tej przyczyny odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Jakkolwiek Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odmówił udostępnienia całości wyjaśnień dotyczących ceny oferty, to wskazać należy, że sama kalkulacja ceny również nie została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dalszej części odwołania Odwołujący dokonał analizy art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 uznk, jak również przywołał orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 29 marca 2021 r. sygn. akt KIO 720/21, wyrok z dnia 4 września 2019 r. sygn. akt KIO 1626/19; 1628/19, wyrok KIO z dnia 26 marca 2018 r. sygn. akt KIO 458/18; 474/18).

Odwołujący wskazał, że informacja w zakresie rażąco niskiej ceny dotycząca elementów cenotwórczych oferty, a zwłaszcza szczegółowa kalkulacja oferty nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Odnosząc się do pierwszej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określonej Odwołujący podniósł że Wykonawca nie wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia jakiego rodzaju jest to informacja oraz nie uzasadnił szczegółowo, dlaczego ma ona wartość gospodarczą. W treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca ograniczył się do następującego uzasadnienia: *Przedstawiona kalkulacja ceny stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i jest ona przetrzymywana w firmie,*

*w sejfie do którego ma tylko dostęp właściciel firmy lub umocowane przez niego osoby co spełnia wymogi określone w art. 11 ust. 4 uznk. Udostępnienie go konkurencji naraziłoby firmę na straty finansowe, ujawniłoby sposób budowania ceny ofertowej. Informacja ta mogłaby być wykorzystana przez konkurencję w tym jak i innych postępowaniach.*

Z przytoczonego fragmentu wynika, że Wykonawca przedstawił jedynie ogólne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie może być uznane za takie, które wykazuje konkretną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Wykonawca zaniechał szczegółowego omówienia wartości gospodarczej ujawnionych informacji, których zastrzeżenie tajemnicy dotyczy, jak również nie wykazał, w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentów pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową, w szczególności utrudnić lub nawet uniemożliwić mu udział w kolejnych postępowaniach. Należy pamiętać, że to wykonawca w każdej poszczególniej sprawie powinien wykazać, co i dlaczego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, nie zaś przedstawiać, ogólne schematyczne uzasadnienia. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3762/21. Uzasadniał, że przyjmuje się, że informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej. Tymczasem wycena ofert przez przedsiębiorców w ramach prowadzonej działalności gospodarczej stanowi czynność zwykłego zarządu i dokonywana jest każdorazowo w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Trudno więc przyjąć, że indywidualna kalkulacja zamówienia, uwzględniająca wymogi Zamawiającego, podnosi ogólną wartość przedsiębiorstwa, skoro de facto taka wycena jest jednorazowa, i nie nadaje się do zastosowania w innym postępowaniu.

Na marginesie Odwołujący podniósł, iż co do zasady kalkulacja ceny nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Wynika to ze specyfiki branży ochrony, gdzie głównym elementem cenotwórczym jest koszt zatrudnienia pracowników skierowanych do realizacji usługi. Koszt ten wynika z przepisów powszechnie obowiązujących, i jest powszechnie znany wszystkim osobom pracującym w branży ochrony. Należy mieć na uwadze, że wymagania Zamawiającego co do sposobu realizacji usługi zostały szczegółowo opisane w SWZ. Oznacza to, że Wykonawca w tym zakresie nie ma żadnej dowolności co do sposobu realizacji usługi, co pozwoliłoby na obniżenie kosztów przy jednoczesnym założeniu, że usługa ta będzie wykonywana zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. To Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi dostosować ofertę do wymagań Zamawiającego, co będzie miało wpływ na jej cenę. Innymi słowy, Zamawiający kreuje kwestie organizacyjne dotyczące realizacji usługi, poprzez określenie wymagań w opisie przedmiotu zamówienia według własnych potrzeb. Wykonawcy w tym zakresie muszą się

dostosować do potrzeb Zamawiającego i nie mają możliwości wdrażać swoich autorskich rozwiązań organizacyjnych. Z tego też względu nie można więc uznać w okolicznościach niniejszej sprawy, że ujawnienie sposobu kalkulacji ceny pozwoli zniwelować przewagę konkurencyjną Wykonawcą nad pozostałymi uczestnikami rynku w tej branży. Nie można też mówić o strategii cenowej Wykonawcy, ponieważ- tak jak już zostało wyjaśnione- sposób wyceny uzależniony jest od opisu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do drugiej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że koszty kalkulacji oraz elementy cenotwórcze oferty są powszechnie znane osobom na co dzień zajmujących się wyceną ofert w branży ochrony. Wynika to z faktu, że głównym elementem cenotwórczym są koszty osobowe, które są uregulowane w przepisach powszechnie obowiązujących. Możliwe jest ewentualne zniwelowanie tych kosztów poprzez skierowanie osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności co pozwoli otrzymać takiemu przedsiębiorstwu dofinansowanie z PFRON lub dofinansowanie do osób bezrobotnych- o ile Zamawiający nie wykluczy takiej możliwości. Powyższe informacje są jednak powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Co więcej, nie mogą przedstawiać wartości gospodarczej, ponieważ mechanizmy obniżania kosztów zatrudnienia są powszechnie stosowane w branży ochrony. Trudno więc mówić, iż stanowią one szczególnie know-how pozwalające uzyskać przewagę konkurencyjną w branży ochrony. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 25 października 2021 r. sygn. akt: KIO 2600/21. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający wymaga zatrudnienia pracowników ochrony na umowę o pracę. Ponadto wykluczono możliwość skierowania do realizacji usługi pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności. Okoliczności te determinują sposób wyceny ceny oferty.

Po trzecie, aby uznać daną informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa, należy wykazać podjęcie działań mających na celu utrzymaniu tej informacji w poufności. W treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Wykonawca wymienił wprawdzie sposoby zabezpieczeń, jednakże w żaden sposób nie wykazał tej okoliczności, co można było w łatwy sposób zrealizować. Wystarczyło bowiem załączyć chociażby polityki bezpieczeństwa przetwarzania danych, zobowiązanie pracowników dokonujących wyceny ofert do zachowania w poufności danych, etc. Wymóg przedstawienia dowodów na potwierdzenie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co również wiąże się koniecznością wykazania trzeciej przesłanki (informacja co do której podjęto działania mające na celu zachowanie tej informacji w poufności), wynika z treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Mając na względzie sformułowanie „wykazał” użyte przez prawodawcę w treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp warto przywołać pogląd przedstawiony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2267/17, KIO 2290/17. Konieczność wykazania, że zastrzeżone przez wykonawcę informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa można więc przyrównać do pojęcia „udowodnienia”. W takiej sytuacji koniecznym jest, aby wykonawca po zastrzeżeniu danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa poparł swoje twierdzenia stosownymi dowodami. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje (tak chociażby wyrok KIO z dnia 01 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 477/20). Powyższy wniosek znajduje swoje potwierdzenie również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1149/20; KIO 1145/20; KIO 1129/20. Uwzględniając powyższe wnioski wskazał, że to wykonawca musi udowodnić, że dane informacje, które zastrzega, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast, nawet w przypadku uznania, iż zastrzeżone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ze względu na wartość gospodarczą jaką posiadają dla wykonawcy, należy badać skuteczność ich zastrzeżenia.

Odnosząc poczynione uwagi do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę, Odwołujący wskazał, że jest ono nieskuteczne. Już sam fakt, że Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności podnoszonych w złożonym oświadczeniu pozbawia waloru skuteczności przedmiotowego zastrzeżenia. Dodatkowo Wykonawca nie wykazał, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ograniczając się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń. Natomiast sama treść uzasadnienia wskazuje, iż dokument ten nie został przygotowany starannie, w sposób zindywidualizowany. Reasumując, Wykonawca nie wykazał że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie odniósł się bowiem do wszystkich trzech przesłanek, których łączne spełnienie przesądza, że dane informacje można skutecznie utajnić na podstawie art. 18 ust. 3 Ustawy pzp w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy znk. Innymi słowy Wykonawca nie potwierdził okoliczności przesądzających o tajemnicy przedsiębiorstwa. Gołosłowne stwierdzenia, iż „informacje mają wartość gospodarczą” oraz mają charakter poufny - bez szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania przy pomocy środków dowodowych, jest niewystarczające.

Obowiązek wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa po stronie Wykonawcy. Powyższe potwierdza chociażby wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2022 r. sygn. KIO 22/22 i wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2021r. sygn. 1633/21.

Reasumując podniósł, że nie do przyjęcia jest więc, aby Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa w oparciu o gołosłowne twierdzenia Wykonawcy, niepoparte szczegółowym uzasadnieniem wraz z dowodami. Wykonawca nie wykazał bowiem - zgodnie z art. 18 ust. 3 Ustawy pzp-, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 18 ust. 3



Ustawy pzp, z którego jednoznacznie wynika, iż ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem może nastąpić w przypadkach określonych w tylko w Ustawie. Nie można oprzeć się wrażeniu, że utajnienie wyjaśnień przez Wykonawcę ma na celu uniemożliwić de facto jakąkolwiek weryfikację w przedmiocie merytorycznego zakwestionowania kalkulacji ceny zaproponowanej przez wybranego wykonawcę, a tym samym pod pretekstem tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczenie konkurencyjnym przedsiębiorstwom dostępu do rynku usług ochrony. Taka metoda jest dość powszechnie stosowana na rynku zamówień publicznych co należy uznać za naganne i niedopuszczalne. W tej kwestii również wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza, na przykład w wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r. sygn. 3762/21. W ocenie Odwołującego - w świetle powyższego działanie Zamawiającego, należy uznać za nieprawidłowe a zarzut ten jest zatem w pełni uzasadniony.

Odnosnie zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że rozważania teoretyczne dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, a w szczególności przytoczone orzecznictwo odnośnie pierwszego zarzutu również jest aktualne do zarzutu drugiego. Dlatego też Odwołujący ograniczy swój wywód do poszczególnych podmiotowych środków dowodowych, których Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu, uznając iż dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie udostępnił mu następujących dokumentów: a) Wykaz usług- zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ; b) Wykaz osób - zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ; c) Wykaz sprzętu- zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ, d) koncesja na świadczenie usług ochrony osób i mienia w zakresie objętym przedmiotem zamówienia ważną przez cały okres wykonywania zamówienia; e) oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej; f) odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

Odnosnie dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania, Wykonawca w złożonym oświadczeniu o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w żadnym miejscu nie wskazywał na te dokumenty. Należy więc przyjąć, że zastrzeżenie to w ogóle nie dotyczyło podmiotowych środków dowodowych dotyczących braku podstaw wykluczenia. Analogicznie kształtuje się sytuacja z wykazem usług oraz wykazem sprzętu. W żadnym miejscu oświadczenia o tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma wzmianki o tych dokumentach. Trudno więc zrozumieć decyzję Zamawiającego o pozostawieniu tych dokumentów jako tajne. Z ostrożności Odwołujący jeszcze raz przypomina, iż nawet gdyby przyjąć, że dokumenty w jakiś sposób zostały ujęte w przedmiotowym zastrzeżeniu, to samo gołosłowne oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne i jako takie nie może podlegać ochronie prawnej. Dla przykładu wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w z 11 sierpnia 2014 r., KIO 1535/14.

Co do zaś danych personalnych pracowników, Wykonawca uzasadnił konieczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tym, iż *dane te stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa i wiedza ta może być wykorzystana przez konkurencyjne firmy ochrony osób i mienia, co z kolei może narazić naszą firmę na wymierne straty finansowe*. Odnosząc się do tak zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, iż jest ona nieskuteczna. Wszystkie rozważania w zakresie zarzutu pierwszego odnośnie skuteczności zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa są aktualne do personelu pracowników. Ponadto podkreślić trzeba, że wymóg Zamawiającego dotyczący wykazu osób - dwóch osób posiadających licencję pracownika ochrony lub posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony oraz posiadających dwuletnie doświadczenie nie jest szczególnie wygórowany. Niezrozumiałe jest więc w jaki sposób ujawnienie danych tych osób mogłoby w jakikolwiek sposób zniwelować przewagę konkurencyjną Wykonawcy. Ujawnienie tych danych w żadnej mierze nie będzie skutkowało zagrożeniem po stronie Wykonawcy podkupienia tych pracowników przez firmy konkurencyjne. Zresztą Wykonawca nie wskazał nawet na takie zagrożenie, więc okoliczność ta nie powinna w ogóle być brana pod uwagę na etapie postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, iż podnosi go z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu pierwszego. Mimo zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie wyjaśnień dotyczących ceny oferty, Odwołujący jest w stanie wykazać, że cena oferty Magnum jest rażąco niska. Wyliczenia minimalnych kosztów niezbędnych do realizacji usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego można dokonać w oparciu o przepisy powszechnie obowiązujące dotyczące płacy minimalnej.

Do najistotniejszych elementów kalkulacji kosztów mających wpływ na ich wysokość należy przyjąć: • obowiązek zatrudnienia części pracowników realizujących usługę na podstawie umowy pracę; • całkowity zakaz zatrudniania do realizacji przedmiotu umowy pracowników z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, co oznacza że Wykonawca nie może korzystać z dofinansowania Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych; • standardowa ilość godzin do wypracowania w porze nocnej z uwagi na fakt (8 roboczogodzin w ciągu 24 roboczogodzin w przedziale godzinowym od 21 do 7 rano). Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług ochrony obiektu Zamawiającego w wymiarze 8784 rbh (1 posterunek obsługiwany całodobowo).

Mając powyższe na uwadze Odwołujący dokonał kalkulacji kosztu 1 etatu pracownika przewidzianego do realizacji przedmiotu zamówienia. Minimalne wynagrodzenie w roku 2024 zgodnie z treścią rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2023 r. wynosić będzie 4242 zł brutto w I półroczu oraz 4300 zł brutto w II półroczu. Uśredniony poziom minimalnego wynagrodzenia w całym okresie realizacji usługi wyniesie zatem 4271,00 zł brutto  $[(4242,00 \text{ zł} + 4300,00 \text{ zł}) / 2 = 4271,00 \text{ zł brutto}]$ .

Odwołujący przedstawił w tabeli stosowne wyliczenia, z których wynika, iż koszt 1 rbh wynosi 35,06 zł. Zatem wyłącznie koszt wynagrodzenia pracowników w ramach niniejszego zamówienia wyniesie:  $8784 \times 35,06 \text{ zł} = 307\,967,04 \text{ zł} + \text{VAT } 23\% = 378\,799,49$ . Cena oferty Wykonawcy Magnum za świadczenie usług ochrony fizycznej wyniosła 364 184,64 zł, czyli jest niższa od najniższych kosztów wynagrodzenia skalkulowanych w oparciu o najbardziej optymistyczne przesłanki (brak zwolnień chorobowych, brak przystąpienia do ppk, zatrudnienie wyłącznie pracowników w wieku zwalniającym z obowiązku płatności składek na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych) o kwotę 14 614,85 zł brutto. Do tego należy doliczyć inne koszty związane z realizacją zamówienia jakie winien ponieść Wykonawca tj. umundurowanie, bhp, koszty nadzoru, koszty zarządu i inne wymagane przez Zamawiającego, które winny zostać poniesione. Dodanie do kosztów wynagrodzenia pozostałych kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia spowoduje zwiększenie straty z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

W świetle przedstawionych wyliczeń cena zaoferowanej oferty jest nierealistyczna, poniżej minimalnych kosztów wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących. Odwołujący zwrócił uwagę, iż koszty osobowe stanowią główny element cenotwórczy usługi ochrony stacjonarnej, albowiem to ilość wypracowanych roboczogodzin przez pracowników ochrony determinuje cenę za przedmiotową usługę. Tym niemniej w tej kwocie powinny być zawarte pozostałe koszty realizacji usługi takie jak umundurowanie, wyposażenie pracowników ochrony w niezbędny sprzęt, koszty administracyjne i inne, co obiektywnie rzecz biorąc podnosi koszty realizacji usługi, co tym bardziej zaoferowana cena z a jedną roboczogodzinę wydaje się nierealistyczna.

Zamawiający w dniu 19 stycznia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Koncesjonowane Biuro Ochrony „MAGNUM” J. S. w Łodzi [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Przystępującego wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 grudnia 2023 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 stycznia 2024 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem X ust. 4 SWZ:

4. Podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują:

- 1) oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej - załącznik nr 3 do SWZ;
- 2) odpis lub informacja z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Uwaga: Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia ww. dokumentów, jeżeli zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, o ile wykonawca wskazał w załączniku nr 1 do SWZ (formularz ofertowy) dane umożliwiające dostęp do tych dokumentów;
- 3) wykaz usług porównywalnych z usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia, wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone

przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane w okresie ostatnich 3 miesięcy - załącznik nr 4 do SWZ; Uwaga: Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz dotyczy usług, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy; W przypadku składania oferty wspólnej Wykonawcy składają zgodnie z wyborem jeden wspólny wykaz;

4) wykaz osób - załącznik nr 7 do SWZ. Uwaga: przypadku składania oferty wspólnej Wykonawcy składają zgodnie z wyborem jeden wspólny wykaz lub oddzielne wykazy. Warunek zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawcy składający ofertę wspólną będą spełniać go łącznie;

5) wykaz sprzętu - załącznik nr 8 do SWZ. Uwaga: przypadku składania oferty wspólnej Wykonawcy składają zgodnie z wyborem jeden wspólny wykaz lub oddzielne wykazy. Warunek zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawcy składający ofertę wspólną będą spełniać go łącznie;

6) koncesja na świadczenie usług ochrony osób i mienia w zakresie objętym przedmiotem zamówienia ważną przez cały okres wykonywania zamówienia;

7) pełnomocnictwa lub inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania Wykonawcy, jeżeli w jego imieniu działa osoba, której umocowanie do reprezentowania nie wynika z dokumentów, o których mowa w ppkt 2) powyżej. Powyższe stosuje się odpowiednio do osoby działającej w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło 5 wykonawców.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 grudnia 2023 r. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny objął tajemnicą przedsiębiorstwa kalkulację ceny oraz dane osobowe pracowników.

W dniu 27 grudnia 2023 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji, tj. całości korespondencji prowadzonej między Zamawiającym a Wykonawcą Koncesjonowane Biuro Ochrony Magnum J. S. dotyczącej przedmiotowego postępowania (wyjaśnienia, uzupełnienia itp.). Ponadto Odwołujący wskazał, że jeżeli jakakolwiek część dokumentacji została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, to Wykonawca prosi o przesłanie uzasadnienia tejże czynności oraz

informację, czy i kiedy Zamawiający dokonał zbadania zasadności zastrzeżenia dokumentacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 28 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Koncesjonowane Biuro Ochrony „MAGNUM” J. S.w Łodzi. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

W dniu 29 grudnia 2023 r. Zamawiający odpowiedział na wniosek Odwołującego w sprawie udostępnienia dokumentacji wskazując *„W odpowiedzi na wniosek z dnia 27.12.2023 r. o udostępnienie dokumentacji (całości korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą – Koncesjonowanym Biurem Ochrony Magnum J. S., dotyczącej przedmiotowego postępowania) informujemy, że dokumentacja została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał zbadania zasadności zastrzeżenia dokumentacji i potwierdza, że przedmiotowa dokumentacja (podobnie jako w przypadku dokumentacji przesłanej przez spółkę Maxus) stanowi wartościowe i chronione informacje, które są trzymane w poufności i umożliwiają przedsiębiorstwu utrzymanie swojej unikalności, konkurencyjności i przewagi rynkowej.”* Zamawiający udostępnił Odwołującemu str. 1 i 2 pisma Przystępującego z dnia 22 grudnia 2023 r.

W dniu 29 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów wskazanych w rozdziale X ust. 4 pkt 1, 3, 4, 5, 6 i 7 SWZ.

W dniu 29 grudnia 2023 r. Przystępujący w odpowiedzi na ww. wezwanie przekazał:

1. koncesję wraz z decyzją nr 3;
2. oświadczenie dotyczące przynależności grupy kapitałowej (załącznik nr 3 do SWZ);
3. wykaz usług (załącznik nr 4 do SWZ);
4. wykaz osób (załącznik nr 7 do SWZ);
5. wykaz sprzętu (załącznik nr 8 do SWZ).

Ww. dokumenty zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego oraz Przystępującego złożonym w toku rozprawy nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe potwierdzają złożone przez Zamawiającego akta sprawy.

#### Izba zważyła, co następuje:

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

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 74 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk przez błędną ocenę skuteczności

zastrzeżenia przez Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych w trybie art. 224 ustawy Pzp oraz podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie nieuzasadnionym utajnieniu tych dokumentów przez Zamawiającego i w konsekwencji zaniechanie ich ujawnienia.

Tytułem wyjaśnienia wskazać należy, iż jakkolwiek w *petitum* odwołania odwołujący się Wykonawca podniósł, że sformułowane zarzuty nr 1 i 2 dotyczą oceny skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień poziomu ceny oraz podmiotowych środków dowodowych, to jednak całościowa analiza odwołania niewątpliwie wskazuje, że postawione zarzuty dotyczyły oferty wykonawcy J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Koncesjonowane Biuro Ochrony „MAGNUM” J. S. w Łodzi. Powyższe potwierdza także treść punktu I. odwołania, z którego wynika, że wniesiony środek ochrony prawnej dotyczył *„zaniechania ujawnienia w całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Koncesjonowane Biuro Ochrony Magnum J. S. (zwanym dalej: Wykonawcą lub zamiennie Magnum), a w szczególności wyjaśnień dotyczących istotnych składowych ceny oferty złożonych przez Wykonawcę: zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak również podmiotowych środków dowodowych oraz dokonania wyboru oferty jako najkorzystniejszej tego Wykonawcy bez uprzedniego ujawnienia przedmiotowych wyjaśnień oraz podmiotowych środków dowodowych”*. Tym samym Izba nie podziela wyrazów niezrozumienia Zamawiającego, który wskazał, iż *„Zamawiający nie rozumie co zarzuca Odwołujący Zamawiającemu i dlaczego błędnie doszło do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum, stąd do powyższego nie jest w stanie ustosunkować.”*

Przechodząc następnie do oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego w zakresie wyjaśnień poziomu ceny Izba wskazuje, iż art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) [dalej „uznk”], jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Użyte w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Prezentowany powyżej pogląd znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych, sygn. akt XXIII Zs 87/21, w którym wskazano, iż *»Termin „wykazanie” oznacza nic innego, jak obowiązek udowodnienia, iż dane informacje spełniają warunki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższych względów, zdaniem Sądu Okręgowego, skarżący winien był udowodnić, tj. przedstawić dowody, że konkretne informacje mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd nie było wystarczającym samo twierdzenie skarżącego o spełnieniu przez zastrzegane przez niego informacje warunków utajnienia.«* Podobnie wypowiedział się ww. Sąd w wyroku z dnia 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21: *»Sąd kierując się właśnie tym założeniem uznał, że powinno mieć ono wpływ również na wykładnię pojęcia „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 1 Pzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu k.p.c.«*

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. 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 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z ww. przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji



stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że rację miał Odwołujący, iż Przystępujący, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 uznk. Izba wskazuje, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące wyjaśnień ceny oferty miało charakter nad wyraz ogólny, gołosłowny, nie zostało zindywidualizowane w stosunku do zakresu informacji, które Przystępujący objął poufnością w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz nie zostało poparte dowodami.

Na wstępie wymaga podkreślenia, iż przedmiotem oceny Izby było uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane wyłącznie przez Przystępującego z uwagi na związanie zarzutami odwołania (por. art. 555 ustawy Pzp). Tym samym argumentacja Zamawiającego, iż również Odwołujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pozostaje irrelevantna dla rozstrzygnięcia sprawy. Jednocześnie okoliczność ta nie może usprawiedliwiać zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny oferty Przystępującego, w sytuacji gdy Wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek określonych art. 11 ust. 2 uznk.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że na uwagę zasługuje lakoniczność uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Rację miał Odwołujący, iż z lektury przedłożonego przez Przystępującego uzasadnienia nie sposób nawet jednoznacznie wywieść jaki zakres informacji objęty został przedmiotowym zastrzeżeniem. Z treści ww. dokumentu nie wynika, gdzie zaczyna się i gdzie kończy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji Zamawiający niejako „w ciemno” utrzymał w tajemnicy całość wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny (z wyłączeniem str. 1 i 2 zawierającej uzasadnienie tajemnicy). Jakkolwiek z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, iż Wykonawca zastrzegł kalkulację ceny oraz dane osobowe pracowników i współpracowników oraz wartości zawartych z nimi umów, to wskazać należy, iż wyjaśnienia, o których mowa w art. 224 ustawy Pzp co do zasady obejmują swym zakresem więcej informacji aniżeli tylko kalkulację. Kalkulacja jest zatem jedynie elementem szerszych wyjaśnień, w których należy uwzględnić wszystkie okoliczności mające wpływ na cenę oferty. Biorąc zatem pod uwagę obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadę jawności postępowania, Zamawiający powinien wszelkie oświadczenia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa interpretować w sposób ścisły, a nie jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu, dokonywać wykładni rozszerzającej polegającej na przyjęciu, że kalkulacja ceny dotyczy *de facto* całości

wyjaśnień. W tym miejscu przypomnieć również należy, że nieuzasadnione i sprzeczne z prawem jest zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które w sposób oczywisty nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Innymi słowy, ochroną poufności co do zasady powinny być objęte poszczególne informacje czy też dane, co do których wykonawca winien następnie wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w świetle przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk. Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21. W wyroku tym Sąd pokreślił, iż takie działanie jest nie tylko sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, ale także utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie.

Odnosząc się natomiast do kwestii danych personalnych pracowników i współpracowników oraz wartości zawartych z nimi umów wskazać należy, iż w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Przystępujący nie podał żadnych danych osobowych pracowników czy współpracowników, które objął ochroną. Do wyjaśnień ceny oferty nie zostały załączone również żadne umowy z pracownikami czy współpracownikami. Powyższe jedynie potwierdza, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostało przygotowane starannie, w tym nie zostało zindywidualizowane do zakresu informacji objętych poufnością.

Następnie Izba wskazuje, iż analiza zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień ceny ofert złożonych przez Przystępującego potwierdza, że Wykonawca nie wykazał, jakie działania podjął celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Odnośnie powyższej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w uzasadnieniu zastrzeżenia Przystępujący podał, że *„- dokumentacja przetargowa wraz z wszelkimi załącznikami jest sporządzana przez upoważnione i odpowiednio przeszkolone w tym zakresie osoby wyznaczone bezpośrednio przez właściciela K.B.O. MAGNUM, p. J. S.; - osoby przygotowujące dokumentację przetargową pracują pod nadzorem i zgodnie z wytycznymi kierowanymi przez pełnomocnika ds./ informacji niejawnych w K.B.O. MAGNUM; - osoby przygotowujące dokumentację przetargową odbyły szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych oraz ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa; - dokumentacja przetargowa jest przygotowywana oraz przechowywana w pomieszczeniu z ograniczonym dostępem, posiadającym odpowiednie zabezpieczenia techniczne; nośniki elektroniczne na których sporządzana i przechowywana dokumentacja przetargowa są zabezpieczone hasłami dostępu oraz zlokalizowane w pomieszczeniu o ograniczonym dostępie; - dane osobowe pracowników K.B.O. MAGNUM są odpowiednio zabezpieczone*

*przed dostępem osób nieupoważnionych i podlegają ochronie zgodnie z wewnętrznymi regulacjami obowiązującymi w KBO MAGNUM”.*

Izba stwierdziła, że uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie ww. przesłanki nie sposób zweryfikować wobec braku jakichkolwiek dowodów. Nie można stwierdzić, czy wskazane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa środki mające gwarantować poufność rzeczywiście są podejmowane. Omawiana przesłanka stanowi najprostszą do wykazania przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile w przedsiębiorstwie danego wykonawcy faktycznie obowiązują odpowiednie procedury mające gwarantować poufność danych. W okolicznościach sprawy Przystępujący takich środków nie wykazał. Dla skutecznego wykazania przesłanki poufności nie są wystarczające gołosłowne zapewnienia Przystępującego, w tym dotyczące wąskiego grona osób posiadających dostęp do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich przeszkolenia, czy stosowania bliżej nieokreślonych środków technicznych ograniczających dostęp do poufnych danych.

Następnie Izba wskazuje, że Odwołujący prawidłowo podniósł, że Przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone przez Wykonawcę informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny oferty mają wartość gospodarczą. Wskazać należy, 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. Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (tak KIO w wyroku z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 851/16).

Izba wskazuje, że analiza uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego w zakresie dotyczącym wartości gospodarczej prowadzi do wniosku, że Przystępujący w ogóle nie odniósł się do tej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. W istocie w uzasadnieniu zastrzeżenia Przystępujący nie podjął nawet próby omówienia i wykazania, urealnienia wartości gospodarczej, w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji. Przystępujący jedynie wskazał, iż udostępnienie kalkulacji konkurencji naraziłoby firmę na straty finansowe, ujawniłoby sposób budowania ceny ofertowej, a informacja ta mogłaby być wykorzystana przez konkurencję w tym i w innych postępowaniach. W ocenie Izby stanowisko Przystępującego w powyższym zakresie stanowi gołosłowne deklaracje. Przystępujący nie omówił w jaki sposób zostanie zaburzona konkurencja w tym i innych postępowaniach, w przypadku ujawnienia zastrzeżonych w tym postępowaniu konkretnych informacji oraz danych, skoro inne podmioty zamawiające stawiają właściwe dla ich potrzeb wymogi zamówienia. Samo przekonanie, że ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny może w przyszłości niekorzystnie wpłynąć na działalność gospodarczą wykonawcy, nie jest w ocenie Izby wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej. Nie stanowi również uzasadnienia odmowy udostępnienia innym wykonawcom wyjaśnień poziomu ceny Przystępującego, podnoszony w toku rozprawy, zamiar ich utajnienia przed konkurencją. Wskazać należy, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania.

Analogicznie należy ocenić wywód Przystępującego dotyczący danych personalnych pracowników i współpracowników, w szczególności danych identyfikujących te osoby oraz wartości zawartych z nimi umów i informacji zawartych w umowach, których ujawnienie – zdaniem Przystępującego – może zostać wykorzystane przez konkurencyjne firmy świadczące usługi osób i mienia i narazić Wykonawcę na wymierne straty finansowe. W istocie nie jest Izbie wiadome, jakie konkretnie dane chce chronić poufnością Przystępujący, skoro do złożonych wyjaśnień ceny oferty nie zostały załączone żadne umowy. Z wyjaśnień ceny oferty nie wynikają również żadne dane personalne pracowników czy współpracowników Wykonawcy.

Warto również podkreślić, że Przystępujący w rozpoznawanej sprawie nie twierdził, że posiada wypracowany wzór, unikalny dla wykonawcy sposób kalkulacji ceny oferty, których z jakichś względów jest niespotykany i niedostępny innym wykonawcom, stanowiąc know-how Wykonawcy. Wskazać należy, iż co do zasady wykonawcy podobnie kalkulują

przedmiot oferty opierając się na wytycznych zamawiającego zawartych w dokumentach zamówienia. Podsumowując Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał, że wyjaśnienia poziomu ceny zawierają informacje posiadające wartość gospodarczą, oraz w czym ta wartość się wyraża i z czego wynika.

Przechodząc z kolei do kwestii zaniechania udostępnienia Odwołującemu podmiotowych środków dowodowych Izba wskazuje, że w toku rozprawy ustalono, iż dokumenty w postaci wykazu osób, wykazu usług, wykazu sprzętu, koncesji na świadczenie usług ochrony i mienia w zakresie objętym przedmiotem zamówienia ważnej przez cały okres wykonywania zamówienia oraz oświadczenia wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej złożone przez Przystępującego nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe zostało potwierdzone przez Zamawiającego i Przystępującego w toku rozprawy. Tym samym zaniechanie ich udostępnienia Odwołującemu niewątpliwie narusza art. 74 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Izba nie podzieliła optyki Zamawiającego jakoby wniosek Odwołującego z dnia 27 grudnia 2023 r. dotyczył udostępnienia wyłącznie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższemu przeczy treść wniosku, w którym czytamy, że Odwołujący zwrócił się o udostępnienie całości korespondencji prowadzonej między Zamawiającym a Wykonawcą Koncesjonowane Biuro Ochrony Magnum J. S. dotyczącej przedmiotowego postępowania (wyjaśnienia, uzupełnienia itp.).

Co do kwestii braku udostępnienia Odwołującemu informacji z CEIDG Przystępującego Izba wskazuje, iż Zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2023 r. nie wezwał Wykonawcy do złożenia ww. dokumentu. Wskazać jednak należy, że informacje z KRS czy CEIDG można uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne i w takim przypadku zamawiający może odstąpić od wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowego środka dowodowego (por. art. 274 ust. 4 ustawy Pzp).

Końcowo Izba wskazuje, iż czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w dniu 29 grudnia 2023 r., tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Wskazać należy, iż czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wieńczy wszystkie czynności dokonywane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego celem jest wybór oferty wykonawcy spełniającej wymogi zamawiającego. Po zawiadomieniu wykonawców o ostatecznym wyniku postępowania zamawiający nie dokonuje już żadnych innych czynności związanych z badaniem czy oceną ofert. Tym samym działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu Przystępującego do

złożenia podmiotowych środków dowodowych po wyborze najkorzystniejszej oferty z jednoczesnym utrzymaniem w mocy czynności wyboru oferty tego wykonawcy było nieprawidłowe. W istocie Zamawiający w rozpoznawanej sprawie dokonał wyboru oferty Przystępującego, która nie została zbadana pod względem podmiotowym. Jednocześnie zaniechanie udostępnienia Odwołującemu podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego pozbawiło Wykonawcę możliwości weryfikacji działań Zamawiającego odnoszących się do sytuacji podmiotowej Przystępującego, a w konsekwencji ewentualnego sformułowania zarzutów, których Odwołujący nie był w stanie postawić z uwagi na brak dostępu do dokumentów.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył zarzucane przez Odwołującego przepisy prawa, tj. art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp, art. 74 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk przez uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Przystępującego, co do których nie wykazano, aby stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy. Jednocześnie naruszono art. 74 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu jawnych dokumentów złożonych przez Przystępującego, tj. wykazu osób, wykazu usług, wykazu sprzętu, koncesji oraz oświadczenia wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Powyższe dokumenty winny zostać udostępnione Odwołującemu po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czemu Izba dała wyraz w punkcie 1. sentencji.

Bez rozpoznania Izba pozostawiła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji, gdy cena złożonej oferty była rażąco niska i stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji przez zaniżenie kosztów realizacji usługi, co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom przez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych. Odwołujący sformułował ww. zarzut jako ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień poziomu ceny. W ocenie Izby brak udostępnienia przez instytucję zamawiającą Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ogranicza prawo do wniesienia odwołania, uniemożliwiając Odwołującemu kontrolę legalności działania Zamawiającego i dokonanie kompleksowej oceny, czy postawienie zarzutu rażąco niskiej ceny względem oferty Przystępującego byłoby w ogóle uzasadnione. Kluczowe dla interesu Odwołującego jest dokonanie przez Izbę weryfikacji, czy zaniechanie udostępnienia Odwołującemu żądanych dokumentów było zgodne z ustawą Pzp. W przeciwnym razie

należy bowiem uznać, iż prawo Odwołującego doznało uszczerbku na skutek niezgodnych z ustawą Pzp działań Zamawiającego, co z kolei winno skutkować umożliwieniem Odwołującemu wniesienia środka ochrony prawnej w oparciu o podstawy faktyczne, które ujawnią się po poznaniu bezprawnie utajnionych informacji. W takiej sytuacji bieg terminu na wniesienia odwołania rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym Odwołujący uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....