

Sygn. akt: KIO 1530/21

WYROK

z dnia 20 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum firm: 1. EKOTRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum firm: 1. Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3. AUTO-TREZOR-OCHRONA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów wskazanych w pkt 4 i 5 odwołania w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust 3 Pzp w zw. z pkt. 6.11.3 SIWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm: 1. Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3. AUTO-TREZOR-OCHRONA**

Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu z powodu rażąco niskiej ceny oferty a także przepisów art. 90 ust 2 i 3 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp w zw. z pkt 6.11. SIWZ przez nieuprawnione powtórzenie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty ww. wykonawcy.

2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej połączone z ujawnieniem informacji zawartych w pismach z dnia 9 i 27 kwietnia 2021 r. stanowiących wyjaśnienia złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm: 1. Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3. AUTO-TREZOR-OCHRONA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu wraz z załącznikami, z tym zastrzeżeniem, że ujawnieniu nie podlegają informacje dotyczące danych wrażliwych, tj. danych osobowych oraz warunków zatrudnienia zawarte w treści ww. załączników i informacje dotyczące posiadanej broni oraz magazynów broni.
3. Kosztami postępowania obciąża: zamawiającego **Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie w części ½** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum firm: 1. Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3. AUTO-TREZOR-OCHRONA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu w części ½** i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum firm: 1. EKOTRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2 zasądza od zamawiającego **Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum firm: 1. EKOTRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **9 300,00 zł** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).
 - 3.3 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum firm: 1. Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3. AUTO-TREZOR-OCHRONA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum firm: 1. EKOTRADE Sp. z o.o. z siedzibą w**

Warszawie, 2. EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 9 300,00 zł (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”, „Telewizja”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne pt. „Usługi ochrony osób i mienia oraz obsługi recepcji w obiektach Spółki Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i Oddziałach Terenowych Spółki Telewizja Polska S.A., z wyłączeniem Oddziałów Terenowych Spółki Telewizja Polska S.A. w Gorzowie Wielkopolskim, Kielcach i Olsztynie w okresie 36 miesięcy”. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 251-633175.

21 maja 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, jako konsorcjum firm: 1. EKOTRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „wykonawca EKOTRADE”) wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze, jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako konsorcjum firm: 1. Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3. AUTO-TREZOR-OCHRONA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu (dalej: „wykonawca Solid” lub „Przystępujący”),
- zaniechaniu ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych wyjaśnień ceny wraz z załącznikami przez wykonawcę Solid,

ewentualnie

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Solid z powodu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucał Telewizji naruszenie następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z pkt. 9.9 SIWZ przez zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień ceny wykonawcy Solid wraz z dowodami w sytuacji, gdy

wykonawca ten nie udowodnił przesłanek przemawiających za prawidłowym utajnieniem tych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

2. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) – dalej: „uznk”, przez uznanie, że informacje powyższe, objęte są skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 8 ust. 1-3, art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 138l Pzp, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Solid, zawartych w utajnionych dokumentach stanowiących załącznik do protokołu postępowania, pomimo że informacje zawarte w tym dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk;

ewentualnie

4. art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp oraz 90 ust 3 Pzp w zw. z pkt. 6.11.3 SIWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Solid z powodu rażąco niskiej ceny oferty, pomimo, że wykonawca Solid był wezwany dwukrotnie przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny w postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena nie jest rażąco niska, zarówno w odniesieniu do podstawowych stawek wynagrodzenia za roboczogodzinę jak i ceny łącznej;
5. art. 90 ust 2 i 3 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp w zw. z pkt. 6.11. SIWZ przez nieuprawnione powtórzenie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty względem wykonawcy Solid, co skutkuje naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w odwołaniu,

a także o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
- odtajnienie wyjaśnień ceny wykonawcy Solid wraz załącznikami,

ewentualnie

- odrzucenie oferty wykonawcy Solid, co ma wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu wykonawca EKOTRADE podniósł m.in., że z treści udostępnionego przez Zamawiającego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa dla złożonych wyjaśnień ceny wynika, że ma ono charakter ogólnikowy, lakoniczny, nie dotyczący przedmiotowego postępowania. W szczególności nie zawierają żadnych konkretnych uzasadnień ani tym bardziej jakichkolwiek dowodów świadczących za zasadnością ochrony informacji. Powyższe wskazuje, wprost, że uzasadnienie jest całkowicie sztampowe i nie dotyczy ani aktualnego postępowania, ani przedmiotu aktualnego zamówienia. Poza zapewnieniem o przedsięwzięciu bliżej nieokreślonych środków ochrony, brak informacji, jakie to konkretnie środki, nie mówiąc już o dowodach (jakichkolwiek), że tak faktycznie jest.

Odwołujący powołując się na orzecznictwo KIO wskazywał, że treść uzasadnienia zawierająca przywołanie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w ujęciu ustawy uznk, przytoczone fragmenty wyroków sądów, wyroków KIO i stanowiska doktryny nie jest wystarczająca dla skutecznej ochrony informacji. To wykonawca w każdej poszczególniej sprawie powinien wykazać, co i dlaczego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, nie zaś przedstawiać, co wg sądów czy doktryny może zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Sama wola wykonawcy do ochrony informacji nie jest wystarczająca, aby informacje te skutecznie chronić w rozumieniu art. 8 ust 3 Pzp.

Zdaniem Odwołującego wykonawca Solid w złożonych wyjaśnieniach zaprezentował lakoniczne i pozbawione konkretnych przyczyn uzasadnienie ochrony informacji, które nie może korzystać z ochrony, o której mowa w przepisach powołanych w art. 8 ust 3 Pzp i mających zastosowanie w postępowaniu zgodnie z SIWZ. Orzecznictwo KIO wskazuje wprost na obowiązek odtajnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji także w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Kolejno Odwołujący podniósł, że zasadność odtajnienia w odniesieniu do całości wyjaśnień ceny uzasadnia nie tylko złożenie wyjaśnień ogólnych, ale również brak przedłożenia dowodów uzasadniających podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności. W konsekwencji, wobec niewykazania podstaw ochrony informacji zaniechanie udostępnienia wskazanych informacji było nieuprawnione i Odwołujący podtrzymał wniosek o ich ujawnienie. Następnie wskazał, że w przypadku powtórzonych wyjaśnień ceny wykonawca Solid odwoływał się w całości do złożonego pierwotnie uzasadnienia tajemnicy, także drugie wyjaśnienia ceny wraz z ewentualnymi dowodami

powinny być odtajnione. Powyższe dotyczy także treści drugiego wezwania Zamawiającego do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy Solid, bowiem powodem ich nieudostępniienia Odwołującemu było właśnie pierwotne zastrzeżenie wyjaśnień wykonawcy Solid.

Odwołujący wyjaśnił również, że cała treść wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny została objęta przez wykonawcę Solid ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z tym Odwołującemu udostępniono jedynie treść uzasadnienia tajemnicy. Odwołujący nie miał, zatem możliwości zapoznania się ze złożonymi przez wykonawcę Solid wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny (nie jest nawet w stanie ocenić czy są one obszerne, konkretne), nie ma również informacji, co do tego czy wraz z wyjaśnieniami została przedstawiona kalkulacja kosztów oraz czy zostały do nich dołączone jakiegokolwiek dowody, a jeżeli tak to, jakie. Zastrzeżenie przez wykonawcę Solid całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wszystkich załączników do tych wyjaśnień (o ile takie zostały dołączone do wyjaśnień) jest bezpodstawne. Działanie to jednocześnie faktycznie faworyzuje wykonawcę Solid, bowiem niemożność zapoznania się przez Odwołującego z treścią złożonych wyjaśnień uniemożliwia weryfikację poprawności działań Zamawiającego dotyczących oceny złożonych wyjaśnień i wyboru oferty ww. wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego wykonawca zastrzegający całościowo wyjaśnienia ceny musi liczyć się z tym, że w przypadku uznania bezzasadności takiego działania odtajnieniu będą podlegały wyjaśnienia w szerszym zakresie, niż gdyby wykonawca działał z należytą starannością. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji jej prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ocenie zasadności zastrzeżenia tych informacji, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że przedstawione przez Solid uzasadnienie objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa jest ogólne i w żaden sposób nie potwierdza zasadności poczynionego utajnienia. Wyjaśnienia tajemnicy przedstawione przez Solid nie zawierają żadnych konkretów i są na tyle ogólne, że nie sposób na ich podstawie ustalić, dlaczego konkretne informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny mają określony charakter, uprawniający do przyjęcia, że ich zastrzeżenie było uzasadnione. Ich poziom ogólności jest na tyle duży, mogłyby one zostać przedstawione przez dowolnego wykonawcę składającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny

na dowolny przedmiot zamówienia. Zdaniem wykonawcy EKOTRADE wykonawca Solid nie wykazał również, że podjęto w stosunku do zastrzeżonych informacji konkretne środki mające na celu zachowanie informacji w poufności. W wyjaśnieniach wskazano, co prawda, że wykonawca zapewnił wymienione w wyjaśnieniach środki techniczne, organizacyjne, ale twierdzenie to pozostaje gołosłowne, gdyż do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne dowody potwierdzające ich podjęcie.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. dopuszczenie dowodów powołanych w treści uzasadnienia na okoliczności wskazane przy powoływaniu tych dowodów;
3. zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania wywołanych wniesieniem odwołania.

W uzasadnieniu wskazał m. in., że

Ad. zarzut nr 1 - 3

Zamawiający stwierdził, że omawiany zarzut jest całkowicie bezpodstawny, gdyż Przystępujący udowodnił spełnienie przesłanek przemawiających za prawidłowym utajnieniem konkretnych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W treści pierwszego z pism, tj. w piśmie z dnia 9 kwietnia 2021 r., Przystępujący zastrzegł informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, prezentując uzasadnienie tegoż wniosku, w oparciu o treść SIWZ oraz przepisów uznk, co zdaniem Zamawiającego jest przejawem spełnienia podstawowej przesłanki utajnienia przez Zamawiającego określonych informacji. W ocenie Telewizji Przystępujący szczegółowo odniósł się do poszczególnych elementów definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 uznk przenosząc je na grunt rozpoznawanej sprawy i konkretnych okoliczności uzasadniających objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa szczegółowych kalkulacji ceny i dowodów na jej potwierdzenie. Zamawiający podniósł, że Przystępujący wskazał, iż:

1. utajnione informacje stanowią szczegółowe wyliczenia, które posiadają wartość gospodarczą oraz stanowią informację techniczną określającą szczególnie dla wykonawcy sposób wykonania i kalkulowania przedmiotu zamówienia, informacje te

mają doniosły charakter organizacyjny (pkt II i III) oraz mają indywidualny, niepowtarzalny charakter (pkt V),

2. utajnione informacje mają charakter indywidualny, niepowtarzalny i należy je oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą elementy jednego projektu oferujące szczególne rozwiązania, które to znane są tylko wykonawcy (pkt V),
3. utajnione informacje nie zostały nigdy, w żadnym miejscu podane do publicznej wiadomości oraz że wolą wykonawcy jest by nigdy nie były ujawniane na zewnątrz; nie są one dostępne drogą zwykłą i dozwoloną (pkt I),
4. system informatyczny, w którym są przechowywane utajnione informacje, został zabezpieczony (pkt I); wykonawca podjął wszystkie niezbędne czynności w celu zachowania ich w poufności (pkt III); spółki wchodzące w skład Konsorcjum podjęły rozwiązania zabezpieczające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem, polegające m.in. na odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych, zawieraniu z pracownikami i osobami współpracującymi umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych technicznych i technologicznych, zabezpieczeniu nośników tajnych informacji, wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych (pkt IV).

Zamawiający wskazał, że w tej sprawie zrealizował swój obowiązek i dokonał stosownej oceny w omawianym zakresie. Podsumowując stwierdził, że całkowicie bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego, jakoby Przystępujący nie udowodnił, spełnienia przesłanek przemawiających za prawidłowym utajnieniem informacji, gdyż wyraźnie wskazał je w wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia 2021 r. Tym samym nie jest trafny również zarzut nr 2 i 3, sugerujący, iż informacje zawarte w dokumentach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie stanowią owej tajemnicy w rozumieniu przepisów o uznk jest nie tylko chybiony, lecz także podniesiony w pewnym sensie „na wyrost”, gdyż Odwołujący miał wgląd w pełne uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień, nie zaś – co oczywiste – w dokumenty stanowiące wyjaśnienia.

Kolejno Zamawiający wskazywał, że objęcie jakiegoś dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa z natury rzeczy nie może zawierać szczegółowych informacji tą tajemnicą objętych. Tym samym oczekiwanie Odwołującego by uzasadnienie utajnienia dokumentu zawierało szczegółowe wyjaśnienie, które konkretnie informacje i z jakich przyczyn stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadziłyby do paradoksu – braku możliwości objęcia

tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji ze względu na konieczność ich podania (ujawnienia) w uzasadnieniu „utajnienia”. Bezsprzecznie, bowiem ocena prawidłowości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa musi być dokonywana nie tylko w oparciu o samo uzasadnienie (jawne), lecz w powiązaniu z analizą informacji objętych tą tajemnicą. Może, bowiem zdarzyć się, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie zasługują na taką kwalifikację mimo najbardziej przekonywującego uzasadnienia i odwrotnie. Powyższe sprawia, że w toku postępowania o zamówienie publiczne, to Zamawiający, a w postępowaniu odwoławczym – jedynie Izba może dokonać kompleksowej oceny czy dane informacje zostały prawidłowo objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, czy nie. Inni wykonawcy czy odwołujący z natury rzeczy takiej kompleksowej oceny dokonać nie mogą.

Zdaniem Telewizji Odwołujący nie tylko w sposób chybiony ocenił uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przez Przystępującego zawarte w wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia 2021 r., (co Zamawiający wykazał, powyżej), lecz przede wszystkim w sposób całkowicie nieuprawniony postawił tezę jakoby wyjaśnienia miały ogólnikowy charakter. Przekazane Izbie wraz z dokumentacją postępowania wyjaśnienia, abstrahując od ich oceny merytorycznej, do której Zamawiający odnosi się w odpowiedzi na zarzut nr 4 i 5, bezsprzecznie ogólnikowe nie są, bowiem zawierają 12 stron szczegółowych kalkulacji, 3 strony objaśnień do kalkulacji oraz łącznie 193 stron dowodów. Oczywistym jest, że Odwołujący nie mógł zapoznać się z tymi dokumentami, jako objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, co nie uprawnia jednak do stawiania w odwołaniu gołosłownych i niesprawdzonych zarzutów w sposób tak kategoriyczny. Zamawiający oceniając prawidłowość objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa wziął w pierwszej kolejności pod uwagę „jawne” uzasadnienie, a następnie przeanalizował dane, informacje i dowody zawarte w samych wyjaśnieniach. Bezsprzecznie założenia kosztowe i optymalizacyjne przyjęte przez Przystępującego do kalkulacji stawek za realizację zamówienia mają charakter zindywidualizowany, niepowtarzalny i odnoszący się do zamówienia będącego przedmiotem tego konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Mogą, zatem stanowić know-how Przystępującego, jego autorski pomysł na realizację tego konkretnego zamówienia przy zminimalizowanych, acz realnych kosztach. Taka wiedza i indywidualne podejście dają Przystępującemu, co naturalne, przewagę rynkową nad konkurencją, wobec czego uzasadnionym jest, że Przystępujący chce tę wiedzę i pomysł chronić. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający ocenił, że wyjaśnienia ceny oferty Przystępującego zasługują na ochronę, jaką daje objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, a analiza treści wyjaśnień potwierdziła powyższe, wobec czego Zamawiający nie miał żadnych podstaw do dokonania czynności odtajnienia tych wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutów sformułowanych w pkt 6 odwołania zatytułowanego: „Nieuprawnione zaniechanie odtajnienia fragmentów wyjaśnień ceny Solid”, Zamawiający wskazywał, że Odwołujący poza powieleniem w tym punkcie zarzutów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wskazał choćby przykładowo, jakie elementy wyjaśnień ceny winny być w jego ocenie fragmentarycznie odtajnione. Wbrew powtarzanym wielokrotnie w odwołaniu twierdzeniom jakoby wyjaśnienia ceny były lakoniczne, ogólnikowe, niewystarczające itd., wyjaśnienia te są bardzo szczegółowe, zawierają kalkulację wszystkich elementów kosztowych zamówienia, a w odniesieniu do kosztów zatrudnienia, które stanowią gros kosztów realizacji tego typu zamówień, i na które Zamawiający zwracał szczególną uwagę, kalkulacja zawiera każdy, najdrobniejszy element. Ponieważ „optymalizacje kosztowe”, jakie zastosował Przystępujący związane są m.in. z kosztami zatrudnienia, stanowiącymi „początek” wyjaśnień, nie sposób wyobrazić sobie fragmentarycznego odtajniania wyjaśnień. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, takie fragmentaryczne odtajnienie wyjaśnień nie dałoby żadnej wiedzy Odwołującemu, co do meritum tychże wyjaśnień, a co za tym idzie nie pozwoliłoby mu na ich ocenę.

Reasumując Zamawiający stwierdził, wbrew twierdzeniom podnoszonym w odwołaniu, że zawarte w wyjaśnieniach uzasadnienie objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego jest wystarczające, zaś treść wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającą zindywidualizowany i niepowtarzalny charakter kalkulacji i przyjętych do nich założeń, wobec czego w ocenie Zamawiającego zarzuty nr 1-3 nie zasługują na uwzględnienie.

Z uwagi na wycofanie przez Odwołującego części zarzutów odwołania Izba zrezygnowała w tym zakresie z przytaczania uzasadnienia odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie.

W toku posiedzenia z udziałem stron Odwołujący złożył pismo procesowe, w który oświadczył, że wycofuje zarzuty zawarte w pkt 4 i 5 odwołania dotyczące występowania w ofercie Przystępującego ceny rażąco niskiej. W pozostałym zakresie podtrzymał zarzuty odwołania i w tym zakresie przedstawił stosowną argumentację.

Również w toku posiedzenia z udziałem stron Zamawiający oświadczył, że uwzględni pozostałe zarzuty odwołania w części dotyczącej odtajnienia tych informacji, które w ocenie Zamawiającego mogą nie zasługiwać na ochronę z uwagi na zawartą w nich

tajemnicę przedsiębiorstwa, z wyłączeniem informacji, które zdaniem Zamawiającego nadal powinny pozostać w poufności, tj.:

1. w wyjaśnieniach z dn. 09.04.2021 r. poufne pozostają kwoty wskazane w kalkulacji:
 - Koszty zatrudnienia pracowników ochrony fizycznej (od str. 7 do str.10) z wyłączeniem poz. nr 10 „kwota dotacji...”. Ponadto Zamawiający oświadczył, że ujawnione zostaną poz. od 15 do 19 z przypisami, które znajdują się pod tabelą.
 - Koszty zatrudnienia pracowników recepcji (str. od 10 do 14). Zamawiający oświadczył, że zostaną ujawnione tylko kwoty w poz. nr 4, nr 10, oraz poz. od 15 do 19 wraz z przypisami pod tabelą.
 - Kalkulacja w ujęciu prawa opcji:
 - pkt a (str. od 14 do str. 16). Zamawiający oświadczył, iż w tym zakresie ujawni tylko poz. 5 jedynie w części dot. innych kosztów obsługi zamówienia, a także odtajni poz. 9 do 12 z przypisami.
 - pkt b (str. od 16 do 18). Zamawiający oświadczył, że w tym zakresie ujawni tylko poz. 5 jedynie w części dot. innych kosztów obsługi zamówienia, a także odtajni poz. 9 do 12 z przypisami,
 - Zamawiający oświadczył, że ujawni tabelę o nazwie „Podsumowanie oferty netto” na str. 18 wyjaśnień.
 - Tabela „zysk, procent w ujęciu miesięcznym” - Zamawiający oświadczył, że w tym zakresie ujawni kolumnę pierwszą w poufności zostawi kolumnę 2.
 - Zamawiający oświadczył również, że ujawni treść na str. 18 rozpoczynająca się od słów „powyższe szczegółowo...” do zdania na str. 19 kończącego się stwierdzeniem „zwiększenia zaangażowania pracowników”.
 - Treść na str. 19 o nazwie „Dowody” - Zamawiający oświadczył, iż ujawni wszystkie informacje z wyjątkiem podania liczby pracowników.
 - „Grupy interwencyjne” - Zamawiający oświadczył, że ujawni cały fragment z wyłącznie nazwy podwykonawcy Przystępującego oraz kwoty, za jaką wykonawca będzie realizował umowy.
 - „Zasoby własne magazynowe” - Zamawiający oświadczył, że ujawni w całości.

- „Koszty ogólne” - Zamawiający oświadczył, że ujawni cały fragment tych wyjaśnień z wyłączeniem wartości polisy ubezpieczeniowej oraz nazwy towarzystwa, które wydało polisę.
2. Zamawiający oświadczył, iż ujawni część załączników złożonych przez Przystępującego z następującymi zastrzeżeniami:
- Załącznik nr 1 i 2 z wyłączeniem podpisów pracowników, którzy podpisali te oświadczenia.
 - Załącznik nr 3 z wyłączeniem danych osobowych pracowników, jak również warunków ich zatrudnienia w zakresie wynagrodzenia.
 - Załącznik nr 4 zostanie ujawniony w całości z wyłączeniem wskazanej liczby osób w treści oświadczenia.
 - Załącznik nr 5 ujawniony w całości z wyłączeniem kolumny 3 i 4 tabeli.
 - Załącznik nr 6 z wyłączeniem danych osobowych policjanta wpisanego w treści protokołu, jak również danych dot. usytuowania magazynów broni, zabezpieczenia magazynów broni oraz w poufności zostanie pkt 4 inne ustalenia.
 - Załącznik nr 7 zostanie ujawniony w zakresie kolumn 1, 2, 3 i 4. Załącznik nr 8 Zamawiający ujawni: liczba porządkowa i oddział.
 - Załącznik nr 9 Zamawiający ujawni decyzję z wyjątkiem informacji dot. liczby posiadanej broni palnej, jak i jej rodzaju.
 - Załącznik nr 10 Zamawiający ujawni z wyjątkiem wysokości składki ubezpieczeniowej i danych identyfikujących towarzystwo ubezpieczeniowe.
3. W zakresie wyjaśnień z dn. 27.04.2021 r. Zamawiający oświadczył, że ujawni na str. 2 treść pod tabelą zaczynającą się od słów „po analizie”, a kończąca się zdaniem „prawną takiego obowiązku”. Na str. 3 pod tabelą od słów „powyższe w ocenie”, a kończąca się „z należytą starannością”. Jeśli chodzi o pkt c) to Zamawiający oświadczył, że ujawni treść oraz zawartą w pkt c tabelę z wyjątkiem danych liczbowych (Zamawiający w tym zakresie ujawni jedynie daną liczbową w pkt 6 i 7). Na str. 5 Zamawiający ujawni znajdująca się tam tabelę, z wyjątkiem danych liczbowych (Zamawiający w tym zakresie danych liczbowych tabeli przewiduje

wyjątek związany z ujawnieniem poz. 3 kolumna 3). W zakresie tabeli związanej z kosztami zastępstwa pracowników w ujęciu miesięcznym (str. 5 i 6) Zamawiający wskazał, że ujawni tabelę z wyjątkiem danych liczbowych (wyjątek dot. ujawnienia danych liczbowych w poz. 4-7 wraz z przypisami do tabeli). Zamawiający oświadczył, że ujawni również treść na str. 7 w całości z wyjątkiem kolumny drugiej w tabeli. W zakresie dowodu załączonego do wyjaśnień, Zamawiający oświadczył, iż ujawni cały ten dowód, z wyjątkiem wskaźnika procentowego podstawy wymiaru.

4. W zakresie wezwania z dn. 22.04.2021 r. Zamawiający oświadczył, że ujawni uzasadnienie tego wezwania z wyjątkiem wszelkich kwot i danych liczbowych w nim wskazanych.

Kolejno Przystępujący oświadczył, że zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w kształcie, który został wskazany w toku posiedzenia i został podany powyżej.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że w SIWZ Zamawiający sprecyzował:

„9.9 Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, ma prawo zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymaga wykazania, że posiadają one taki charakter, tj. wykazania spełnienia przesłanek, o których mowa art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 1913). W przypadku zastrzegania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca jest zobowiązany wyłączyć te informacje do odrębnego pliku i skorzystać z polecenia „Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa”.

9.10 W przypadku, w którym Wykonawca zastrzeże informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na etapie realizowania wezwania do uzupełnienia dokumentów albo wezwania do wyjaśnienia

dokumentów albo wezwania do wyjaśnienia treści oferty albo wezwania do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, postanowienia pkt 9.9 zdanie 1 i 2 SIWZ stosuje się odpowiednio”.

Zamawiający pismem z dnia 31 marca 2021 r. na podstawie pkt 6.11.1 SIWZ wezwał wykonawcę Solid do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanych stawek wynagrodzenia netto za jedną roboczogodzinę oraz łącznego maksymalnego wynagrodzenia netto. W uzasadnieniu Zamawiający poinformował m. in., że „na każdym etapie postępowania Wykonawca uprawniony jest do zastrzeżenia poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc również w przypadku składania wyjaśnień i dowodów na ich poparcie, co wynika z zapisu pkt. 9.9 SIWZ. W takim wypadku Wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz oznaczyć te informacje w sposób wyraźnie określający wolę ich utajnienia”.

W piśmie z dnia 9 kwietnia 2021 r. Przystępujący w odpowiedzi na skierowane wezwanie z dnia 31 marca 2021 r., złożył stosowne i wniósł o uznanie za uzasadnione objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa treści złożonych wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów w myśl argumentacji przedstawionej poniżej.

„Poniższe wyjaśnienia stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003, nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Mając to na uwadze, zwracamy się do Państwa o zachowanie poufności wszystkich tych informacji oraz o nieudostępnianie przedstawionych danych, w tym dowodów załączonych do wyjaśnień pozostałym uczestnikom postępowania przetargowego oraz innym podmiotom. Poufny charakter wszystkich ww. informacji, co do których zastrzeżliśmy, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003, nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) wynika z następujących przesłanek:

I. Informacje takie nie zostały nigdy, w żadnym miejscu oraz postępowaniu podane do wiadomości publicznej. Informacje przekazane w poniższych wyjaśnieniach dotyczące kalkulacji oferty, są wytworzone indywidualnie dla potrzeb przedmiotowego postępowania i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej oraz nie jest wolą Wykonawcy ujawnianie ich na zewnątrz. Nie są one również dostępne drogą zwykłą i dozwoloną, a dostęp do nich mają jedynie podmioty, których te informacje dotyczą. Wykonawca wskazuje, iż informacje te

nie są udostępniane w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są przechowywane, został zabezpieczony.

II. Utajnione informacje posiadają wartość gospodarczą, która ma na celu osiągnięcie korzyści handlowych oraz stanowią informację techniczną określającą szczególnie dla Wykonawcy sposób wykonania i kalkulowania przedmiotu zamówienia, przy zaoferowaniu określonego sprzętu, środków, systemu organizacji pracy oraz procedur indywidualnie opracowanych na potrzeby realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia. Zauważyć należy, iż za każdym razem informacje zawarte w ofercie są niepowtarzalne, ponieważ są tworzone pod kątem danego Zamawiającego w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia. Podkreślamy, że sposób kalkulacji oferty, jest jednym z podstawowych elementów konkurencji, również wśród przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia, dla których stosowane są rygory oznaczone ustawą Prawo zamówień publicznych i jako takie wielokrotnie przesądza o atrakcyjności cenowej złożonej oferty a ponadto w sposób istotny wpływa na wartość przedsiębiorstwa, którą jest jego marka. Wskazać zatem należy, iż wiedza w zakresie przyjętej organizacji pracy, technologii i metod, wykonywania usług, jaką dysponuje dany wykonawca, stanowi jedną z najistotniejszych wartości danej firmy (potwierdziła to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 59/09). W tym znaczeniu powyższe informacje mają w naszej ocenie doniosły charakter organizacyjny, jako całokształt doświadczeń, których dorobił się wykonawca w okresie prowadzenia swej działalności (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2011r. – sygn. akt KIO 988/11)”.

III. Informacje zastrzeżone mają charakter indywidualny, niepowtarzalny, zawierają dane znane tylko Wykonawcy, zostały stworzone na potrzeby postępowania. Wskazujemy, że zastrzeżone wyjaśnienia zostały przygotowane wyłącznie pod kątem realizacji przedmiotu zamówienia w tymże postępowaniu przetargowym, jak również zawierają szczególne wyliczenia, które bezspornie mają samodzielną i obiektywną wartość gospodarczą wymagającą szczególnej ochrony. Oświadczamy ponadto, że w stosunku do tych zastrzeżonych informacji podjęliśmy wszystkie niezbędne czynności w celu zachowania ich poufności (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2012 r. – sygn. akt KIO 277/12). Wykonawca pragnie podkreślić, że informacje podane w powyższych wyjaśnieniach, zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa należy oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą elementy jednego projektu oferującego szczegółowe rozwiązania techniczne dla osiągnięcia funkcjonalności określonej przez Zamawiającego.

IV. Uprzejmie informujemy, że Spółki wchodzące w skład Konsorcjum podjęły rozwiązania zabezpieczające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich

ujawnieniem, polegające m.in. na odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych, zawieraniu z pracownikami i osobami współpracującymi umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych technicznych i technologicznych, zabezpieczeniu nośników tajnych informacji, wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych bądź ograniczeniu ich treści, zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również jego pracowników i osoby z nim współpracujące.

V. Nadmieniam również, jak powyżej w pkt I, II i III, że rozwiązania i sposób kalkulacji usługi mają charakter indywidualny, niepowtarzalny, zawierają dane znane tylko Państwu. Powyższe wyjaśnienia i oświadczenia nie stanowią ogólnych informacji, powtarzalnych w wielu postępowaniach, znanych ogólnie branży, ale opracowane zostały w sposób autorski, odpowiadających szczególnym i zindywidualizowanym potrzebom Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r. (sygn. akt: KIO 197/18): „Tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić również dane o czynnikach cenotwórczych oferty oraz o partnerach handlowych, skoro informacje te zostały objęte ochroną przez wykonawcę i danych tych nie można uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów czy dokumentów, a pracownicy wykonawcy zobowiązani są do zachowania tych informacji w poufności, a także nazwiska osób pełniących funkcje nadzorcze na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, których ujawnienie na etapie składania i oceny ofert może narazić wykonawcę na negatywne konsekwencje”. Oznacza to, iż zastrzeżony przez nas zbiór informacji, posiadający niewątpliwy walor gospodarczy (zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2017 r. o sygn. akt: KIO 2421/17: „jakkolwiek pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę”) objęty jest tajemnicą ze względu na swoją specyfikę.

W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00 wskazano, iż „powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Z kolei informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) «nie ujawniona do wiadomości publicznej» to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie «tajemnicy», kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół

odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. «Tajemnica» nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone koło osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany im interes. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Zgodnie z przyjętym w literaturze przedmiotu poglądem, decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu.

Z przytoczonych definicji jasno wynika, że przedmiotem tajemnicy przedsiębiorstwa są informacje, które przykładowo co do rodzaju zostały określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które mogą być zapisane na określonych nośnikach bądź nie. Informacje te winny stanowić źródło przewagi konkurencyjnej na rynku poprzez ich poufność i samą wartość. Zdobycie tych informacji przez konkurentów może oznaczać dla nich pewną korzyść, a zatem zaoszczędzenie wydatków lub zwiększenie zysków. Natomiast nie jest wymagane, by informacje te cechowała nowość lub oryginalność. Tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić np. patentowane lub niepatentowane wynalazki, plany techniczne, listy klientów, wiedza i metody natury administracyjnej i organizacyjnej, metody kontroli jakości, sposoby marketingu, organizacji pracy, treść zawartych umów, porozumień, korespondencja handlowa, strategia funkcjonowania przedsiębiorstwa

VI. Podkreślamy także, jak we wstępie, że Wykonawca przejawia wolę, by wyjaśnienia pozostały tajemnicą dla określonych kręgów odbiorców i wola ta jest dla tych odbiorców rozpoznawalna. Ujawnienie tych informacji na gruncie przedmiotowego postępowania może wywołać negatywne dla Wykonawcy konsekwencje, m.in. podmioty konkurencyjne mogą osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem rozwiązania i sposobu kalkulacji oferowanego przez Wykonawcę.

VII. W konsekwencji zwracamy się o zapewnienie poufności tych informacji zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż ewentualne ich udostępnienie

pozostałym uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego narazi nas - jako Wykonawcę ubiegającego się o uzyskanie niniejszego zamówienia - na szkodę.

Konsorcjum posiada certyfikaty ISO. Ich standardem pozostaje zachowanie w tajemnicy informacji handlowych jego członków, zasad działania ich struktur wewnętrznych, w tym pionu pracowniczego. Każdy pracownik w ramach wykonywanych na rzecz Konsorcjum obowiązków zobowiązany pozostaje do zachowania poufności, co jest przejawem dbałości w zakresie zabezpieczenia wrażliwych i dotyczących Konsorcjum (jej członków) informacji.

Dowody:

1. Certyfikaty ISO:9001:2015 (331/S/2018); NCAGE 0587H, 9001:2015 (331/S/2018-1); Potwierdzenie do certyfikatów – załącznik nr 1.
2. Przykładowe umowy o zachowaniu poufności – wzór obowiązujący pracowników biurowych w Spółkach Konsorcjum – załącznik nr 2.”

Dalsza część ww. pisma Przystępującego stanowi szczegółowe wyjaśnienia i kalkulacje odnoszące się do kwestii wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Kolejno pismem z dnia 22 kwietnia 2021 r. Zamawiający ponownie zwrócił się o „odniesienie do elementów wyjaśnień wskazanych w dalszej części niniejszego pisma oraz o uzupełnienie (uszczegółowienie) ww. wyjaśnień o dodatkowe informacje mające na celu ułatwienie Zamawiającemu przeprowadzenie własnych obliczeń i analiz związanych z oferowanymi przez Konsorcjum Solid stawkami wynagrodzenia netto za jedną roboczogodzinę oraz łącznego maksymalnego wynagrodzenia netto. Ze względu na zastrzeżenie przez Konsorcjum Solid ww. wyjaśnień i dowodów z dnia 9 kwietnia 2021 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, uzasadnienie niniejszego pisma stanowi część niejawną niniejszego wezwania, jako że odnosi się do szczegółów zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum Solid, które zostały zastrzeżone przez Konsorcjum Solid jako tajemnica przedsiębiorstwa. (...)”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący w piśmie z dnia 27 kwietnia 2021 r. wskazał, że podtrzymuje swój wniosek w zakresie objęcia każdego etapu składania wyjaśnień tajemnicą jego przedsiębiorstwa, z jednoczesnym wnioskiem o nieudostępnianie ich treści innym wykonawcom. W tym zakresie odesłał do uzasadnienia i argumentacji znajdującej się w poprzednim piśmie, tj. piśmie z dnia 9 kwietnia 2021 r.

Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 nPzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Przepis art. 138k Pzp stanowi, że Zamawiający określa sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne z uwzględnieniem obowiązkowych elementów postępowania określonych w niniejszym rozdziale oraz zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, a także przepisów art. 17 i art. 18. Przepis art. 93 stosuje się odpowiednio.

Zaś według art. 138l Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone z zastosowaniem przepisów działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3 oraz działu VI.

Przepis art. 8 ust. 1 Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zaś zgodnie z ust. 3 powołanego przepisu 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 o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk 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.

Według art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przepis art. 96 ust. 3 Pzp stanowi, że protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na wstępie poczynionych rozważań należy zwrócić uwagę, że pomiędzy stronami nie ma sporu, co do tego, że postanowienia SIWZ podane w pkt 9.9 i 9.10 Zamawiający uregulował w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia sposób postępowania w sytuacji, gdyby wykonawca ubiegający się o zamówienie chciał w złożonych dokumentach opatrzyć pewien rodzaj informacji klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa. Z porównania zacytowanych powyżej postanowień specyfikacji z treścią przepisu art. 8 ust. 3

Pzp jednoznacznie wynika, że pkt 9.9 SIWZ stanowi powielenie treści powołanego przepisu ustawy. Na kanwie przedstawionej argumentacji za aktualne, adekwatne i mające zastosowanie w rozpoznawanej sprawie jest odwołanie się do poglądów doktryny i orzecznictwa, które nie pozostawiają żadnych wątpliwości, że zasada jawności postępowania wyrażona w art. 8 Pzp jest jedną z naczelnych zasad, na których opiera się system zamówień publicznych, która ma przyczyniać się nie tylko do przejrzystości prowadzonych postępowań, ale również wywiera wpływ na zachowanie konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 2 uznk, zgodnie, z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że aby określone informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą w stosunku do nich zostać spełnione łącznie następujące warunki:

- 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą,
- 2) informacje nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej,
- 3) przedsiębiorca podjął niezbędne działania, aby zachować poufność danych informacji.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w sytuacji, gdy okaże się, że jedna z tych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

W aspekcie powyższego należy dojść do logicznego wniosku, że aby skutecznie zastrzec informację, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, należy spełnić łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze, oznaczyć określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa (z uwzględnieniem trzech elementów, omówionych wyżej: wartości gospodarczej, poufności oraz podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Po drugie, wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy. Brak ziszczenia się którejkolwiek z dwóch wymienionych wyżej przesłanek, pociąga za sobą uznanie, że wyjaśnienia nie zawierają informacji mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca, składając wyjaśnienia zawierające informacje stanowiące – według

niego – tajemnicę przedsiębiorstwa, musi zdawać sobie sprawę z ryzyka, które podejmuje: brak skutecznego wykazania, że dane informacje zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, skutkuje ich ujawnieniem.

Kolejnym zagadnieniem niezwykle istotnym z punktu widzenia skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest określenie terminu zastrzeżenia, jak również wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z powołanymi powyżej postanowieniami SIWZ oczywistym jest, że wykonawca zobligowany był dokonać tego nie później niż w terminie złożenia wyjaśnień. Wobec tego z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Spóźniona próba wykazania będzie uznana za bezskuteczną, ponieważ nie pozostawia żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień, tj. wykazania w złożonych wyjaśnieniach, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z - przewidzianej zasadami SIWZ wspartymi przepisami prawa - ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Podkreślenia wymaga, że prowadzone przez Zamawiającego badanie skuteczności zastrzeżenia określonych informacji powinno opierać się wyłącznie na analizie zasadności i skuteczności wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

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. Z uzasadnień orzeczeń KIO wynika, że wykonawca winien starannie i z rozważą formułować uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a „Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy” (wyrok KIO z 6 maja 2015 r., sygn. akt KIO 807/15).

Izba 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).

Izba zauważa, że wykonawcy, redagując wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, często ograniczają się do ogólnie znanych twierdzeń, bez wskazania na konkretne uwarunkowania, pozwalające na ustalenie zasadności odstąpienia od zasady jawności informacji. Takie ogólnikowe stwierdzenia, bez przywołania okoliczności, potwierdzających konieczność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, nie mogą skutkować utajnieniem określonych informacji, a same deklaracje i twierdzenia to zbyt mało, ponieważ wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także wykazać ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych wyjaśnieniach ma z jednej strony znaczenie dyscyplinujące dla wykonawcy, (ponieważ jest on zobowiązany do wykazania celowości zastrzeżenia określonych informacji, nie zastrzega bezrefleksyjnie dokumentów, jako niepodlegających ujawnieniu), a z drugiej – jest ułatwieniem dla Zamawiającego, skracając czas analizy skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien zawsze mieć świadomość, że informacje przez niego złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zostaną ujawnione, jeżeli przekonująco nie wykaże, że zasługują one na objęcie ochroną przed dostępem osób trzecich.

Przenoszą powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba po dokonaniu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doszła do przekonania, że zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie. U podstaw takiego zapatrywania Izby legły następujące argumenty.

W myśl regulacji specyfikacji opierających się na przepisach obowiązującego prawa, które zostały zacytowane powyżej niezaprzeczalnym jest, że Przystępujący opatrując składane wyjaśnienia klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” nie mógł ograniczyć się jedynie do oświadczenia woli, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi posiadającymi wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej a wykonawca podjął niezbędne działania, aby zachować poufność danych informacji, ale również wykazać, że zastrzeżone informacje mają właśnie taki charakter jak również okoliczności związane z ich zabezpieczeniem i zachowaniem w poufności.

W ocenie Izby Przystępujący nie sprostął temu zadaniu, bowiem przedstawione przez niego uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa do złożonych wyjaśnień ma charakter ogólny, lakoniczny a można nawet rzec, że schematyczny. Z uwagi na swój szablonowy charakter może być w zasadzie zastosowane do każdego postępowania. Zgodzić się należy z Odwołującym, iż w jego treści brak jest jakichkolwiek danych charakterystycznych dla tego postępowania, które wskazywałyby, że odnoszą się one do tego konkretnego postępowania, w którym zostały złożone. Co więcej, brak jest w nim nawet informacji, że dotyczą postępowania dotyczącego usług ochrony osób i mienia, nie mówiąc już o składnikach, które są charakterystyczne dla tego typu postępowań. Izba dostrzega, że wyjaśnienia składane w celu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą ujawniać informacji zastrzeganych nie mniej jednak Izba prezentuje pogląd, że nie wyklucza to możliwości opisu tego rodzaju informacji w warstwie ich istotności oraz wyjątkowości dla danego wykonawcy, co ma służyć wykazaniu przez wykonawcę, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem nie powinny być ujawniane. Jak wspomniano już wcześniej oczywiście nie jest zakazane powoływanie się w treści złożonych wyjaśnień na poglądy doktryny lub orzecznictwo. Co istotne jednak powołanie tych poglądów nie zwalnia wykonawcy z przedstawienia konkretnych, zindywidualizowanych wyjaśnień, służących wykazaniu ziszczenia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk.

Natomiast w ramach rozpoznawanej sprawy Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach ograniczył się w zasadzie do ogólników na poziomie: „informacje zastrzeżone mają charakter indywidualny i niepowtarzalny”. Tymczasem brak jest opisu z uwagi, na jakie okoliczności zastrzeżone dane należałoby za takie uznać. Nie broni się również określenie „szczególne wyliczenia, które bezspornie mają samodzielną i obiektywną wartość gospodarczą”. Izba stwierdziła, że Przystępujący nie opisał, na czym polega powoływana przez niego „szczegółność” dokonanych wyliczeń, a tym bardziej nie sposób uznać, że określił ich wartość gospodarczą.

Odnosząc się zaś do stwierdzeń zwartych w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa zasadzających się na tym, że wyliczenia zasługują na ochronę, bowiem ich unikalny charakter wynika z tego, że zostały przygotowane na potrzeby tego konkretnego postępowania Izba uznała za trafną argumentację Odwołującego, który podnosił, że na potrzeby każdego postępowania wykonawca przygotowuje odpowiednie wyliczenia i kalkulacje i jedynie na tej podstawie nie sposób uznać, że mają one charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie Odwołujący nie podał i nie wykazał występowania okoliczności, które uzasadniałyby uznanie, że sporządzone przez niego wyliczenia są wyjątkowe oraz posiadają określoną wartość gospodarczą, a konsekwencją tego jest osiągnięcie przez wykonawcę wyjątkowych korzyści, co skłaniałoby do uznania, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Kolejno Izba odniosła się do argumentacji uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazującej, że wykonawca podjął odpowiednie kroki celem zachowania ww. informacji w poufności. W tym zakresie Przystępujący powoływał się na następujące okoliczności:

- „system informatyczny, w którym są przechowywane został zabezpieczony”;
- „Spółki wchodzące w skład Konsorcjum podjęły rozwiązania zabezpieczające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem polegające m. in. na odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych, zawieraniu z pracownikami i osobami współpracującymi umów o zakazie konkurencji, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych technicznych, technologicznych, zabezpieczeniu nośników tajnych informacji, wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych bądź ograniczaniu ich treści, zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również jego pracowników i osoby współpracujące”.
- „Konsorcjum posiada certyfikaty ISO. Ich standardem pozostaje zachowanie informacji handlowych jego członków, zasad działania ich struktur wewnętrznych, w tym pionu pracowniczego. Każdy pracownik w ramach wykonywanych czynności na rzecz Konsorcjum obowiązków zobowiązany pozostaje do zachowania poufności, co jest przejawem dbałości w zakresie zabezpieczenia danych wrażliwych i dotyczących Konsorcjum (jej członków) informacji”.

W zakresie wykazania ww. okoliczności Przystępujący załączył do wyjaśnień certyfikaty ISO oraz informacje o zachowaniu tajemnicy służbowej. Izba dokonała badania ww. dowodów w aspekcie podniesionej argumentacji i stwierdziła, że po pierwsze, złożone

dowody nie obejmują wszystkich członków Konsorcjum, bowiem nie uwzględniają jednego z członków konsorcjum firmy AUTO-TREZOR-OCHRONA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu. Po drugie, z treści złożonych certyfikatów nie płyną żadne informacje dotyczące podejmowanych w zakresie zabezpieczeń informacji poufnych.

W tym miejscu zwrócenia uwagi wymaga, że Przystępujący w toku rozprawy oświadczył, że nie istnieje dokument, który zobowiązywałby wszystkich członków Konsorcjum do zachowania poufności. Izba za chybione uznała wyjaśnienia Przystępującego, że jeden z współkonsorcjantów będzie realizował jedynie mały wycinek zamówienia z uwagi na powyższe nie było potrzeby zawierania takiej umowy. Jeśli zaś chodzi o spółki z grupy Solid to Przystępujący oświadczył, że taki dokument funkcjonuje w ramach grupy, jednak nie został on złożony Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami. Natomiast Przystępujący złożył w toku rozprawy „draft” umowy o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba uznała złożony dowód za spóźniony z uwagi na to, iż przedmiotem badania Izby jest prawidłowość czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu ujawnienia wyjaśnień Przystępującego z dnia 9 i 27 kwietnia 2021 r. wraz z dowodami. Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający oceniając pod tym kątem dokumenty złożone przez Przystępującego nie był wówczas w dyspozycji tego dowodu. Tym samym stwierdzić należy, że etapem, na którym dowód ten powinien zostać złożony był etap składania wyjaśnień.

Powracając do prowadzonej analizy wyjaśnień Przystępującego stwierdzić należy, że nie wyjaśnił on w nich, w jaki sposób został zabezpieczony system informatyczny. Szczątkowa argumentacja w tym zakresie pojawiła się dopiero na rozprawie, gdy Przystępujący wskazał, że zabezpieczenia opierają się o cykliczną zmianę haseł dostępu. Ponadto Przystępujący uzupełnił treść składanych wyjaśnień o nowe okoliczności, tj. ograniczony dostęp do budynku.

Odnosząc się zaś do pozostałych okoliczności wymienionych w uzasadnieniu przez Przystępującego to wskazać należy, że nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie: odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych technicznych, technologicznych, zabezpieczeniu nośników tajnych informacji, wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych bądź ograniczaniu ich treści, zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również jego pracowników i osoby współpracujące.

Przystępujący, co prawda złożył dowody w postaci przykładowych informacji w sprawie tajemnicy służbowej, które w swej treści zostały powiązane z treścią dokumentu tj. Regulamin Pracy. Natomiast z informacji uzyskanych od Przystępującego nie wynika również, aby ww. Regulamin złożył wraz wyjaśnieniami. W związku z tym trudno niebicie orzec do zachowania, jakiego rodzaju tajemnicy zostali zobowiązaniu pracownicy.

Na końcu Izba pragnie wyjaśnić, że, pomimo, że Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał w sposób odpowiedni wypełnienia wszystkich przesłanek niezbędnych do zachowania informacji zawartych w wyjaśnieniach w poufności to w odniesieniu do informacji wrażliwych tj. dane osobowe oraz warunki zatrudnienia zawarte w treści ww. załączników i informacje dotyczące posiadanej broni oraz magazynów broni Izba utrzymał poufność zastrzeżonych informacji. Za przyjęciem takiego stanowiska przez Izbę przemawia to, iż jest wiedzą w zasadzie powszechną, że informacje wrażliwe w postaci danych osobowych lub też warunki zatrudnienia mają charakter poufny. Wynika to wprost z przepisów prawa obowiązującego w kraju. Jeśli zaś chodzi o informacje dotyczące broni oraz jej magazynów to Izba stwierdziła, że informacje te wpisują się dziedzinę objętą reglamentacją Państwa i podlegającą jego stałemu nadzorowi z uwagi na uwarunkowania związane z bezpieczeństwem społecznym. Izba uznała, że z uwagi na te szczególne uwarunkowania informacje te nie powinny być ujawniane.

Podsumowując Izba stwierdziła, że Zamawiający nie ujawniając informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 9 i 27 kwietnia 2021 r. złożonych przez wykonawcę Solid wraz z załącznikami uchybił zasadom, które sam ustanowił w SIWZ, a które to zasady miały zapewniać prowadzenie postępowania w poszanowaniem równego traktowania i konkurencji oraz przejrzystości. Powyższe zapatrywanie przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego art. 138k Pzp w zw. z pkt 9.9 i 9 10 SIWZ zw. z art. 11 ust. 2 uzk a także naruszenie art. 96 ust. 3 Pzp w z art. 138l Pzp. Konsekwencją powyższego jest uznanie naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Wobec tego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej połączone z ujawnieniem informacji zawartych w pismach z dnia 9 i 27 kwietnia 2021 r. stanowiących wyjaśnienia złożone przez Przystępującego wraz z załącznikami, z tym zastrzeżeniem, że ujawnieniu nie podlegają informacje dotyczące danych wrażliwych, tj. danych osobowych oraz warunków zatrudnienia zawarte w treści ww. załączników i informacje dotyczące posiadanej broni oraz magazynów broni.

Zgodnie z art. 557 nPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1530/21 zgodnie z art. 575 nPzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w kwocie 18 600 zł, (na którą składał się koszt wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego) – obciążyła po połowie na Zamawiającego oraz Przystępującego. Izba nie obciążyła kosztami Odwołującego uznając, że informacje, które pozostaną nadal zastrzeżone stanowią znikomy udział w konglomeracie wszystkich informacji, które podlegają ujawnieniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: