Sygn. akt: KIO 882/20

WYROK

z dnia 9 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Anna Packo

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę Apator Spółka akcyjna z siedzibą w Toruniu

w postępowaniu prowadzonym przez Tauron Dystrybucję Spółkę akcyjną z siedzibą w Krakowie

przy udziale wykonawców:

A. ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnovie, Republika Czeska zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ADD Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz UAB „Elgama Elektronika" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wilnie, Republika Litewska zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Tauron Dystrybucji Spółce akcyjnej ujawnienie dokumentów i próbek niezasadnie zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia ADD Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa i UAB „Elgama Elektronika" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we wskazanym w odwołaniu zakresie, tj. załączników numer: 15, 16, 17, 35, 36, 37, 38, 39, 40 do oferty,

2. kosztami postępowania obciąża Tauron Dystrybucję Spółkę akcyjną i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Apator Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Tauron Dystrybucji Spółki akcyjnej na rzecz Apator Spółki akcyjnej kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

Zamawiający - Tauron Dystrybucja S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę statycznych bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 grudnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 239-587652. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Apator S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia części informacji zastrzeżonych w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia ADD Polska Sp. z o.o. sp. komandytowa i UAB „Elgama-Elektronika" Sp. z o.o., wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił Odwołującemu tych informacji i dokumentów je zawierających,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia ADD Polska Sp. z o.o. sp. komandytowa i UAB „Elgama-Elektronika" Sp. z o.o., zwanych dalej także „Konsorcjum ADD lub Przystępującym" jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.

a) raportów badania licznika 1-fazowego i 3-fazowego na zgodność z normą EN 62053-23 (załącznik nr 35 i 36 do oferty) wraz z tłumaczeniem, w szczególności ich pierwszych stron,

b) certyfikatu badania projektu UE dla licznika 1-fazowego zadanie nr 1 i 2 wraz

z tłumaczeniem (załącznik nr 16 do oferty),

c) certyfikat badania projektu UE dla licznika 3-fazowego zadanie 3. i 4. wraz z tłumaczeniem (załącznik nr 17 do oferty),

d) certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania jakością zgodnie z modułem H1 dla licznika 1- i 3-fazowego (zadanie nr 1-4) wraz z tłumaczeniem (załącznik nr 15 do oferty),

e) próbki liczników 1- i 3-fazowego dla zadań nr 1-4 (załączniki nr 37-40) w zakresie wglądu lub udostępnienia zdjęć próbek bez możliwości fizycznej ingerencji.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający 8 kwietnia 2020 r. poinformował go o zakończeniu badania oferty Konsorcjum ADD pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokumenty i oświadczenia, które zostały utajnione przez Konsorcjum ADD, nie zostały udostępnione Odwołującemu, a Zamawiający uznał je za skutecznie zastrzeżone klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, o czym stanowi wprost art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada ta doznaje wyjątków, ale tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są sposobami ograniczenia zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. Oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załącznik do protokołu (art. 96 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Stosownie do treści art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Z treści cytowanych przepisów expressis verbis wynika, iż protokół, jak i oferty oraz wszelkie oświadczenia i zaświadczenia składane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są jawne i powinny być udostępnione do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom, bez względu na posiadanie interesu prawnego oraz faktycznego.

Zamawiający nie jest związany zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez wykonawcę. Zamawiający zobligowany jest bowiem do zweryfikowania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może przy tym polegać wyłącznie na oświadczeniu przedsiębiorcy, ale powinien samodzielnie dokonać oceny zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może stać się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający, po przeprowadzeniu stosownego badania, pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca, który zastrzega informacje podane w ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aktualne brzmienie tego przepisu nie pozostawia 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 lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych równoznaczne jest wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku i musi być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji (wyrok KIO 888/17).

Konsorcjum ADD zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa szereg dokumentów

załączonych do oferty, w tym:

1. raporty z badania licznika 1-fazowego i 3-fazowego na zgodność z normą EN 62053-23 wraz z tłumaczeniem (załącznik nr 35 i 36 do oferty),

2. certyfikat badania projektu UE (moduł H1) dla licznika 1-fazowego - zadanie nr 1 i 2 wraz z tłumaczeniem (załącznik nr 16 do oferty),

3. certyfikat badania projektu UE (moduł H1) dla licznika 3-fazowego - zadanie nr 3 i 4 wraz z tłumaczeniem (załącznik nr 17 do oferty),

4. certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania jakością zgodnie z modułem H1 dla licznika 1- i 3-fazowego - nr zadanie 1, 2, 3 i 4 wraz z tłumaczeniem (załącznik nr 15 do oferty),

5. próbki licznika 1-i 3-fazowego dla zadań nr 1 - 4 (załączniki nr 37-40 do oferty).

Uzasadnienie dokonanego przez Konsorcjum ADD zastrzeżenia jest ogólnikowe i mogłoby zostać użyte praktycznie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji, zdaniem Odwołującego, dyskredytuje możliwość uznania, że powstaje konieczność respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa w tym konkretnym postępowaniu. Ogólnie sformułowane uzasadnienie jedynie potwierdza, że jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest utrudnienie weryfikacji oferty Konsorcjum ADD przez konkurujących wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Całe uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich dokumentów dokonane przez Konsorcjum ADD jest bardzo lakoniczne, jednakże w celu ułatwienia rozpoznania odwołania i podjęcia decyzji przez Zamawiającego co do ewentualnego uwzględnienia odwołania, Odwołujący kwestionuje je tylko w stosunku do wskazanej części dokumentów. Cześć dokumentów zastrzegł bowiem sam Odwołujący w swojej ofercie. Dokumenty zaś, których odtajnienia domaga się, w sposób oczywisty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a jednocześnie mają istotne znaczenie dla badania i oceny ofert.

Konsorcjum ADD, w wyjaśnieniach zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w certyfikacie zatwierdzenia systemu zarządzania jakością (załącznik nr 15), wskazało jedynie, że dokument ten nie został udostępniony publicznie oraz opisuje on uprawnienia UAB Elgama Elektronika w zakresie certyfikacji liczników. Tym samym w ogóle nie odniosło się do części ustawowych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wobec certyfikatów badania projektu UE (moduł H1) dla liczników 1- i 3-fazowych (załączniki nr 16 i 17) Konsorcjum ADD wyjaśniło jedynie, iż nie zostały one udostępnione publicznie, a zawierają informacje techniczne dotyczące rozwiązań technicznych zastosowanych przez producenta, które zostały przygotowane specjalnie pod niniejsze postępowanie. Tymczasem same certyfikaty zawierają jedynie potwierdzenie zgodności z odnośnymi przepisami, informacje na temat producenta, skonkretyzowanie modelu objętego certyfikatem, wskazanie jednostki wydającej certyfikat, datę wydania i ważności certyfikatu. Pozostałe, bardziej szczegółowe informacje zawarte są w załączniku do wystawionego certyfikatu, przy czym są to parametry i funkcjonalności charakteryzujące licznik, bez jakichkolwiek rozwiązali technicznych. Poza tym Konsorcjum ADD wskazało, że liczniki zostały stworzone specjalnie pod wymagania niniejszego postępowania, zatem przyznało, że oferowane liczniki nie stanowią dla niego wartości gospodarczej, gdyż jego ujawnienie nie spowoduje jakiejkolwiek szkody.

Również w przypadku raportów badania licznika 1-fazowego i 3-fazowego na zgodność z normą EN 62053-23 (załączniki nr 35 i 36) Konsorcjum ADD nie wyjaśniło, dlaczego informacje w nich zawarte mogą posiadać wartość gospodarczą, zwłaszcza pierwsze strony raportów stanowiące podsumowanie wyników badań, które zawierają takie informacje jak: nazwa jednostki akredytowanej wykonującej badania, przedmiot badania i wynik badania. Konsorcjum ADD poprzestało na wskazaniu, iż zawierają one testy wystawione przez centra akredytowane zaangażowane w testy na zgodność z normą 62053-23 oraz, że może to doprowadzić do ujawnienia podmiotów posiadających kompetencje w ramach niezbędnych prac składowych. Informacje te nie posiadają wartości gospodarczej, a dokumenty te przedstawiają zgodność z normą i pozwalają zbadać przedmiot oferty pod tym kątem. Konkurencja nie zdobędzie żadnej dodatkowej przewagi konkurencyjnej na skutek ujawnienia tego dokumentu, a Konsorcjum ADD nie wykazało, aby protokoły te miały wartość gospodarczą.

Konsorcjum ADD nie uzasadniło też w sposób wystarczający zasadności zastrzeżenia próbek liczników (załączniki nr 38-40). W swoich ogólnikowych wyjaśnieniach wskazało tylko, że ujawnienie ich może dać informacje na temat parametrów licznika oraz rozwiązań konstrukcyjnych. Wyjaśnienia te są na tyle lakoniczne, że nie wiadomo, w jaki sposób konkurencja mogłaby uzyskać jakąkolwiek przewagę na rynku. Należy stwierdzić, iż zamawiający nie stawiał żadnych specyficznych wymagań do wyglądu licznika, a informacje zawarte na tabliczce znamionowej odnośnie parametrów licznika są obligatoryjnym wymogiem przepisów prawa i stanowią podstawową, niezbędną dla użytkownika informację, do jakich pomiarów przeznaczony jest licznik i w żadnym wypadku nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Ogólnikowe sformułowanie „ponadto próbka zawiera rozwiązania konstrukcyjne w obudowie licznika, które stanowią o przewadze nad innymi rozwiązaniami dostępnymi na rynku polskim” nie spełnia przesłanek wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsorcjum ADD nie wskazało żadnych nowych rozwiązań w obudowie, które zamierza np. chronić patentem lub wzorem przemysłowym lub w inny sposób i dlatego na dzień składania ofert objęte są tajemnicą. Ponadto sam wgląd do liczników czy ich oględziny, nie połączone z ich badaniem nie mogą doprowadzić do ujawnienia informacji konstrukcyjnych czy technicznych.

Uznając poczynione zastrzeżenie za zasadne Zamawiający zaniechał dopełnienia ciążących na nim obowiązków w zakresie prawidłowej i rzetelnej oceny prawidłowości poczynionego zastrzeżenia. Zgodnie z wyrokiem KIO 1542/14 „ Zamawiający powinien przyłożyć wagę do wyjaśnień składanych przez wykonawców odnośnie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Musi ocenić, czy wykonawca faktycznie wykazał zasadność zastrzeżenia. Tylko wiarygodne wyjaśnienia stanowią podstawę do wyłączenia zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Należy mieć na uwadze, iż nie uzasadnia zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoływanie się na bliżej niesprecyzowane know-how w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot oferty został indywidualnie skalkulowany na potrzeby niniejszego postępowania.”; analogicznie w wyroku KIO 1715/18.

Ogólnikowe wyjaśnienia Konsorcjum ADD nie pozwalają na uznanie ich za wystarczające dla skutecznego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Brakuje w nich konkretów obrazujących, w jaki negatywny sposób na działalność wykonawcy może wpłynąć ujawnienie zastrzeżonych informacji, poza ogólnymi wskazaniami, że znacząco pogorszy się jego pozycja konkurencyjna, konkurenci uzyskają przewagę rynkową, poprzez zapoznanie się z know-how w zakresie sposobu wykorzystania technologii i urządzeń (tak też wyrok KIO 1884/18). Konsorcjum ADD nie wskazało również, jaki konkretnie charakter okoliczności

wymienionych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji posiadają poszczególne dokumenty, co prowadzi wyłącznie do wniosku, iż nie posiadają one charakteru technicznego, technologicznego ani organizacyjnego, a także nie posiadają wartości gospodarczej.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w świetle którego 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. Zatem muszą być spełnione następujące przesłanki: 1) muszą to być informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W ocenie Odwołującego żadna z powyższych przesłanek nie została spełniona i wykazana przez Konsorcjum ADD. Konsorcjum ADD podało wadliwą podstawę prawną zastrzeżenia - art. 11 ust. 4 zamiast art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co dodatkowo świadczy o niejako „machinalnym" charakterze dokonanego zastrzeżenia.

Konieczne jest wykazanie Zamawiającemu, dlaczego w ramach konkretnego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego ujawnienie informacji, jakie zastrzegł wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa, może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym wykonawca upatruje szkody, jak również wykazanie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą (wyrok KIO 888/17). Konsorcjum ADD okoliczności tych nie wykazało. W dokonanym zastrzeżeniu brak jakiejkolwiek próby wykazania istnienia takiego związku.

Przedmiot niniejszego postępowania został skonkretyzowany przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń)" oraz wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym oferowane liczniki oraz ich oprogramowanie powinny spełniać parametry określone w tym załączniku. Oznacza to, iż struktura wewnętrzna, parametry, sposób działania czy system zabezpieczenia zostały określone przez Zamawiającego i nie mogą zostać zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający nie pozostawił wykonawcom dowolności w zakresie parametrów przedmiotu umowy, co mogłoby zostać uznane za ewentualne know-how wykonawcy. Informacje te są istotne i równocześnie podstawowe dla oceny, czy zaoferowane liczniki, modemy i oprogramowanie odpowiadają wymogom Zamawiającego. Zastrzeżenie tego rodzaju informacji ma na celu jedynie uniemożliwienie potencjalnym konkurentom weryfikacji, czy oferowany przedmiot spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO 2652/17: „Zdaniem Izby tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego". Co więcej, Konsorcjum ADD przyznało w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, iż: „zarówno licznik, jak i jego certyfikacja (załącznik 16) zostały zmodyfikowane specjalnie pod niniejsze postępowanie z uwagi na specyficzne wymagania Zamawiającego" - uwagi poczynione w uzasadnieniu dot. załącznika nr 16 i 17, jak również przy uzasadnieniu zastrzeżenia instrukcji obsługi (załącznik nr 20 i 21): „Załącznik zawiera modyfikacje przygotowane specjalnie pod niniejsze postępowanie, które stanowią know-how producenta".

W konsekwencji wiedza o tym, jakie urządzenia dobrało Konsorcjum ADD, nie posiada wartości gospodarczej uzasadniającej zastrzeżenie tej informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Element indywidualnej kreacji miał co najwyżej miejsce przy tworzeniu wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo, dobór urządzeń i oprogramowania dotyczy tego jednego postępowania, które z punktu widzenia zarówno Zamawiającego, jak i Konsorcjum ADD, ma indywidualny charakter. Tym samym nie istnieje ryzyko, że inni wykonawcy wykorzystają przyjęte przez Konsorcjum ADD rozwiązanie. Wykonawcy nie będą mogli skopiować rozwiązania na potrzeby niniejszego postępowania, bowiem wszyscy wykonawcy zainteresowani wzięciem udziału w przetargu złożyli już w nim oferty, a ofert tych nie można zmieniać. Także z tego powodu informacja ta nie posiada wartości gospodarczej niezbędnej do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy. Nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa umiejętności doboru przez profesjonalnego oferenta sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymaganiom postawionym przez zamawiającego (wyrok KIO 1829/16, KIO 1840/16).

Konsorcjum ADD zastrzegło tajemnicą przedsiębiorstwa także certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania jakością zgodnie z modułem H1 wraz z tłumaczeniem oraz certyfikaty badania projektu UE dla liczników 1- i 3-fazowych wraz z tłumaczeniami. Takie certyfikaty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą. Dokumenty te potwierdzają jedynie, iż oferowane urządzenia spełniają wymagania dyrektyw UE (podobnie w wyrokach KIO 2765/12 i KIO/UZP 772/08). Zgodnie z wyrokiem KIO 2498/18 „zastrzeżone przez wykonawcę karty katalogowe (specyfikacje) produktów, w których podane są parametry techniczne, służą jedynie potwierdzeniu wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, które były jawne i z tych względów nie stanowią wartości gospodarczej, niedostępnej innym wykonawcom. Samo podanie parametrów technicznych, które są zawarte w specyfikacjach technicznych produktów nie stanowi jeszcze ujawnienia wiedzy na temat działalności firmy, stosowanych technologii, materiałów czy rozwiązań technicznych, w szczególności w sytuacji, gdy parametry te potwierdzają spełnianie wymagań określonych w SIWZ". W sytuacji, gdzie Zamawiający przygotował szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (wymagania techniczne), a celem wykonawców jest potwierdzenie spełnienia tych wymagań, dokumenty przedkładane na potwierdzenie tych wymagań nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Brak podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika wyraźnie z uzasadnienia Konsorcjum ADD. W odniesieniu do załącznika nr 15 Konsorcjum ADD ogranicza się do stwierdzenia, że opisuje on uprawnienia producenta UAB Elgama Elektronika w zakresie certyfikacji liczników. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymaga, aby ta szczególna informacja posiadała wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa.
W uzasadnieniu zastrzeżenia okoliczność ta w ogóle nie została poruszona. Ponadto proces certyfikacji jest określony w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/32/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych (wersja przekształcona) (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 96, str. 149 z późn. zm.), więc i uprawnienia podmiotu, dla którego wystawiony jest certyfikat, muszą być oparte na tej dyrektywie. Dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest wystarczające wyjaśnienie o nierozpowszechnieniu danej informacji lub że „informacja przedstawia wartość gospodarczą dla Konsorcjum właśnie z tego powodu, że pozostaje poufna" - art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymaga łącznego występowania przesłanek w nim określonych, a przytoczony fragment wyroku KIO 2166/18 został przez Konsorcjum ADD źle odczytany i zinterpretowany. Izba w wyroku stwierdza wręcz odwrotnie, że „informacja musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna" i wskazuje, jaka to może być wartość „taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów".

Nie jest prawdą, iż zastrzeżone dokumenty nie zostały nigdy udostępnione publicznie. Liczniki zaoferowane w niniejszym postępowaniu to licznik 1-fazowy typu G1M.152 dla zadania nr 1 i 2 oraz licznik 3-fazowy typu G3M.144 dla zadania nr 3 i 4. Były one oferowane przez UAB Elgama Elektronika w 2018 roku w postępowaniu nr 2018/TD-CN/TD-CN/02317/S prowadzonym przez Tauron Dystrybucja S.A. Przedmiotem oferty były m.in. wzory liczników typu G1M.152 i typu G3M.144 oraz certyfikaty MID: certyfikat badania projektu UE (moduł H1) dla licznika 1-fazowego, certyfikat badania projektu UE (moduł H1) dla licznika 3-fazowego i certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania jakością zgodnie z modułem H1 dla licznika 1- i 3-fazowego, które nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wówczas do oferty UAB Elgama Elektronika załączone zostały:
1) certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania jakością nr SK 09-001 H rev.15 dla liczników 1-i 3-fazowych GAMA100 i GAMA 300 ważny do 28.06.2021 r.; 2) certyfikat badania projektu UE nr SK 09-001 HD rev. 13 dla licznika 1-fazowego GAMA100;
3) certyfikat badania projektu UE nr SK 09-002 HD rev. 12 dla licznika 3-fazowego

GAMA300. Dokonanie ewentualnej aktualizacji certyfikatu przez Konsorcjum ADD nie zmienia faktu, że informacje w pozostałym zakresie zostały już ujawnione, zaś nowa data ważności certyfikatu nie posiada żadnej wartości gospodarczej. Należy jednak zauważyć, że Konsorcjum ADD nie podnosiło, aby to te nowe informacje miały jakiekolwiek istotne znaczenie. Ponadto wiele jednostek notyfikujących wydających certyfikaty zarządzania jakością prowadzi na swoich stronach internetowych jawne rejestry certyfikatów wraz z certyfikatami.

W zakresie załączników nr 16 i 17 Konsorcjum ADD wskazało w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że „zawiera informacje techniczne odnośnie oferowanego w niniejszym postępowaniu licznika i zastosowanych przez producenta rozwiązań. Zarówno licznik jak i jego certyfikacja (załącznik 16) zostały zmodyfikowane specjalnie pod niniejsze postępowanie z uwagi na specyficzne wymagania Zamawiającego". Zastrzeżenie to jest niewystarczające, a Zamawiający powinien był odtajnić te dokumenty. Konsorcjum ADD poprzestało na ogólnym sformułowaniu o jakichś informacjach technicznych. Certyfikat

zawiera szereg różnych informacji, które musi posiadać zgodnie z przepisami wspomnianej dyrektywy nr 2014/32/UE. Zgodnie z załącznikiem nr 2 Moduł H1 ust. 4.3 certyfikat ten zawiera nazwę i adres producenta, wnioski z badań, ewentualne warunki jego ważności i dane niezbędne do identyfikacji zatwierdzonego projektu. Do certyfikatu tego może być dołączony jeden lub większa liczba załączników. Certyfikat i załączniki do niego zawierają wszystkie istotne informacje umożliwiające ocenę zgodności wytwarzanych przyrządów pomiarowych z badanym projektem. Tym samym certyfikat i jego część opisowa zawierają wszystkie istotne informacje umożliwiające nabywcy licznika ocenę, czy zaoferowany mu przyrząd jest zgodny z przyrządem, na który został wydany certyfikat badania projektu, bo do pomiarów i rozliczeń może być stosowany tylko taki przyrząd, który posiada certyfikat zgodności i jest zgodny z tym certyfikatem, tzn. posiada takie parametry i funkcjonalność, jakie zostały wskazane w certyfikacie. Takie certyfikaty nie zawierają informacji stanowiących szczegółowy opis zastosowanej technologii, oprogramowania, konstrukcji, pozwalających konkurencji „skopiować" produkt. Dokumenty zawierające dokumentację techniczną załączane są przez wnioskodawcę do wniosku o badanie projektu, zgłaszanego do jednostki notyfikowanej. Dokumentacja ta jest zdeponowana w jednostce notyfikowanej i nie jest załączana do certyfikatu (dyrektywa 2014/32/UE w załączniku nr 2 Moduł H1 ust. 4.5 i 4.6 wskazuje, że dokumentację techniczną przechowują jedynie producent i jednostka notyfikowana, aby na żądanie Komisji lub państw członkowskich móc ją im przekazać). Zakwestionowane certyfikaty nie posiadają zatem informacji technicznych mających jakąkolwiek wartość gospodarczą. Potwierdza to Konsorcjum ADD, które nie sprostało wymogom ustawowym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i nie wykazało istnienia konkretnych informacji, które zawierają przedmiotowe certyfikaty, które stanowią informacje techniczne posiadające wartość gospodarczą dla Konsorcjum ADD.

Co do załączników nr 35 i 36 do oferty Konsorcjum ADD w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazało, że „wyniki tych testów, stanowiły o przewadze konkurencyjnej i ich udostępnienie mogłoby skutkować utrudnieniem budowania przewagi konkurencyjnej, jak również ujawniłoby informację na temat podmiotów posiadających odpowiednie kompetencje w ramach niezbędnych prac składowych potrzebnych do uzyskania certyfikacji na zgodność z normą 62053-23", Informacje zawarte w tych dokumentach nie posiadają takiego waloru, aby zachować je w poufności, a Konsorcjum ADD nie wykazało ich istnienia, ograniczyło się do przedstawienia dwóch okoliczności, które jego zdaniem świadczą o wartości gospodarczej informacji zawartych w tych raportach, tj. zawierają wyniki testów na zgodność z normą 62053-23 i zawierają informację na temat podmiotów posiadających odpowiednie kompetencje w ramach niezbędnych prac składowych potrzebnych do uzyskania certyfikacji za zgodność z ww. normą. Poza tym Konsorcjum ADD ogólnikowo odniosło się o hipotetycznej możliwości utraty lub utrudnienia uzyskania przewagi rynkowej, wskutek ujawnienia tych informacji.

Raporty badań liczników muszą potwierdzać zgodność z normą EN 62053-23, a Konsorcjum ADD nie powinno było oferować liczników, które nie byłyby z nią zgodne. Wynik badań, czyli stwierdzenie zgodności z przywołaną normą nie stanowi żadnej wartości gospodarczej, lecz stanowi jedynie potwierdzenie, iż liczniki są zgodne z wymaganiami Zamawiającego (załącznik nr 1 do umowy - wymagania techniczne ust. 1.1). Raport badań nie może mieć innego brzmienia i dlatego nie może zostać utajniony. Nie zawiera informacji, które mogłyby udzielić konkurentom informacji zapewniających przewagę konkurencyjną. Samo Konsorcjum ADD nie wykazało żadnego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji na temat wyniku testu a uzyskaniem przewagi konkurencyjnej. Niemniej jednak Odwołujący żąda jedynie wglądu lub udostępnienia tytułowej strony raportu zawierającej takie informacje jak: nazwa jednostki akredytowanej wykonującej badania, przedmiot badania i wynik badania w celu możliwości weryfikacji spełniania warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do informacji na temat podmiotów posiadających odpowiednie kompetencje w ramach składowych potrzebnych do uzyskania certyfikacji za zgodność z przywołaną normą Konsorcjum ADD nie wskazało, jaki ma związek ta informacja z działalnością członków konsorcjum, w jaki sposób informacje te mogłyby zostać wykorzystane przez konkurencję i dlaczego mogłoby to spowodować szkodę po stronie Konsorcjum ADD. Odwołujący wskazuje dodatkowo, że jeśli Konsorcjum ADD chodziło o podmiot, który wykonał badanie i sporządził raport, to informacja ta nie może być przedmiotem tajemnicy przedsiębiorstwa, a informacje o jednostkach wykonujących badania w tym zakresie są informacjami o podmiotach komercyjnych, do których mają dostęp wszyscy zainteresowani. Zaniechanie odtajnienia tych raportów ma na celu jedynie ograniczenie możliwości ich weryfikacji przez konkurujących wykonawców.

Podobnie bezzasadne było zaniechanie odtajnienia próbek liczników (załączniki nr 37- 40). Konsorcjum ADD w uzasadnieniu wskazało, iż „informacje zawarte na tabliczce znamionowej próbki mogą dać informacje innym potencjalnym wykonawcom na temat parametrów licznika, ponadto próbka zawiera rozwiązania konstrukcyjne w obudowie licznika, które stanowią o przewadze nad innymi rozwiązaniami dostępnymi na rynku polskim, które nie są

podatne na modyfikacje bez dokonania koniecznych zmian form wtryskowych używanych do produkcji obudów licznika". Według Odwołującego informacje, które znajdują się na tabliczce znamionowej, nie mogą dać konkurencji przewagi lub umożliwić poznania rozwiązań konstrukcyjnych w obudowie licznika. Informacje, które znajdują się na tabliczce znamionowej, zawierają jedynie najbardziej podstawowe informacje wskazujące na przeznaczenie licznika. Nadto liczniki są publicznie eksponowane, a więc każdy, kto będzie w pomieszczeniu z zainstalowanym licznikiem, będzie mógł się zapoznać z jego wyglądem, w tym z tabliczką znamionową. Liczniki te stanowią wyrób powszechnego użytku, od lat oferowany przez producenta na wielu rynkach i nadal dostępny w miejscach zainstalowania. Jego wygląd nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Wzory liczników GAMA 100 typ G1M.152 i GAMA 300 typ G3M.144 dostępne są również do wglądu w postępowaniach przetargowych, w których nie zostały objęte tajemnicą, w tym prowadzonym przez Zamawiającego pod numerem 2018/TD-CN/TD-CN/02317/S, jak również u innych zamawiających, co potwierdzają załączone do odwołania zdjęcia próbek liczników. Konsorcjum ADD nie wykazało także, że posiadają one dla niego wartość gospodarczą, którą należy chronić poprzez zastrzeżenie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Dodatkowo nie wskazało, że nie zostały one udostępnione do wiadomości publicznej, prawdopodobnie dlatego, iż liczniki o tej konstrukcji są obecnie wykorzystywane przez użytkowników końcowych, a więc są rozpowszechnione do wiadomości publicznej. Odwołujący żąda jedynie wglądu lub udostępnienia zdjęć próbek, w celu możliwości weryfikacji spełniania warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie jest intencją Odwołującego dokonywanie fizycznej ingerencji w próbki.

Odwołujący zakwestionował także walor dowodowy umowy o zachowaniu poufności z 10 czerwca 2019 r. zawartej pomiędzy UAB Elgama-Elektronika a ADD Polska sp. z o.o. sp. k. w kontekście wyżej wymienionych dokumentów. Po pierwsze umowa jest niekompletna, zatem nie wiadomo, czy strony nie przewidziały wyjątków od zachowania poufności informacji. Umowa ta reguluje m.in. wzajemne obowiązki stron w zakresie zachowania w poufności przekazywanych informacji, jednakże informacje znajdujące się w kwestionowanych dokumentach nie pochodzą od żadnego z konsorcjantów, lecz od jednostek notyfikowanych, których umowa ta nie dotyczy (por. wyrok KIO 13/20).

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wyrażała dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, akcentując, iż może być ono dokonane w sytuacjach zupełnie wyjątkowych, w których ciężar udowodnienia konkretnych, zindywidualizowanych okoliczności ciąży wówczas na wykonawcy (KIO 1535/14).

W ocenie Odwołującego brak jest dostatecznych podstaw, które mogłyby wskazywać na spełnienie przez Konsorcjum ADD wymogów formalnych wynikających z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a ocena tych zastrzeżeń dokonana przez Zamawiającego w istocie była automatyczna i oderwana od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy. Zastrzeżone informacje nie mają wartości gospodarczej, a ich utajnienie ma służyć wyłącznie uniemożliwieniu konkurującym wykonawcom weryfikacji oferty Konsorcjum ADD. Zgodnie z wyrokiem KIO 1185/15 „Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy."

Korzystanie przez wykonawcę z prawa ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i mieć jedynie na celu ograniczenia innym wykonawcom możliwości weryfikacji poprawności czynności podmiotu zamawiającego. Zastrzeżenie winno odnosić się tylko do tych elementów oferty, które rzeczywiście posiadają walor tajemnicy, ale nie oznacza to możliwości zastrzeżenia całego dokumentu, w którym takie informacje się znajdują. Zgodnie z wyrokiem KIO 2932/13 „zastrzeżeniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa, może podlegać cały dokument lub tylko niezbędne fragmenty tych wyjaśnień, czy nawet określone postanowienie w nim zawarte, chyba, że ujawnienie takiego fragmentu (element) informacji stanowiłoby podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże ten fakt to wykonawca, powinien wykazać. Ocenie zatem powinien podlegać każdy zastrzeżony dokument, w tym przypadku pismo oraz jego załączniki. (...). Ochronie w myśl art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) podlegają wyłącznie informacje, których ujawnienie godzi w obiektywne interesy przedsiębiorcy, przekraczające ramy danego postępowania. Tym samym skorzystanie z instytucji zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić metody na uniemożliwianie dostępu do treści oferty konkurującym wykonawcom, celem uniemożliwienia zapoznania się z treścią oferty i oceny jej zgodności z wymaganiami ogłoszenia oraz specyfikacji, albowiem takie korzystanie z uprawnień zmierzałoby do nieuzasadnionego ograniczenia jawności postępowania". Wobec powyższego Odwołujący „z ostrożności" podniósł, że powinny zostać odtajnione te części

dokumentów, które nie zawierają informacji stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa. Utajnienie całych dokumentów i próbek pozbawione jest podstaw.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym zgodnie z przedstawionym rachunkiem oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów: 1) uzasadnienia objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa złożonego przez Konsorcjum ADD jako załącznik nr 13 do oferty, dalej jako „Wniosek o utajnienie", 2) wyjaśnienia Odwołującego stanowiącego załącznik do oferty, zawierającego uzasadnienie objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, 3) pisma Odwołującego z 17 marca 2020 r., 4) pisma Odwołującego z 19 marca 2020 r., 5) odpowiedzi Zamawiającego na ww. pisma z 8 kwietnia 2020 r.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w postępowaniu oferty złożyli obaj Przystępujący, Odwołujący oraz Foxytech Sp. z o.o.

Składając ofertę Konsorcjum ADD zastrzegło w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, że niektóre informacje zawarte w określonych załącznikach do oferty nie mogą być ujawnione, stanowią bowiem tajemnicę przedsiębiorstwa (załącznik nr 13 do oferty Konsorcjum ADD - wniosek o utajnienie). Zamawiający przeprowadził rzetelne badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dokonał wnikliwej oceny skuteczności zastrzeżenia i w wyniku tych czynności stwierdził, że Konsorcjum ADD w istocie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegło je prawidłowo, w tym w terminie określonym w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z oceną tą nie zgodził się Odwołujący, który w pismach z 17 i 19 marca 2020 r. przedstawił swoje racje w tej sprawie. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko co do objęcia tych informacji tajemnicą, o czym poinformował Odwołującego w wiadomości z 8 kwietnia 2020 r.

W ocenie Zamawiającego wszystkie czynności przez niego podjęte odznaczały się zgodnością z ustawą Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie dopuścił się również żadnego zaniechania czynności, do której zobowiązany był na podstawie ww. ustawy, swoje obowiązki wykonał rzetelnie i w niedyskryminujący sposób. W konsekwencji odwołanie uznać należy za niezasadne, a jako takie winno podlegać oddaleniu w całości.

Po zapoznaniu się z wnioskiem o utajnienie Zamawiający przystąpił do drobiazgowej analizy tego wniosku, mając na uwadze dokumenty, względem których tajemnica została zastrzeżona. Wszystkie czynności w ramach powyższego badania wykonywane były przez osoby uprawnione, zapewniające bezstronność, rzetelność i obiektywizm. Takie same czynności, przy zachowaniu takich samych standardów oraz stopnia staranności, podjęte zostały w odniesieniu do ofert innych wykonawców, którzy dokonali zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Analizując wniosek o utajnienie Zamawiający stwierdził, iż złożony został on przez Konsorcjum ADD wraz ze złożeniem oferty, a zatem z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Następnie Zamawiający stwierdził, że dla każdego z dokumentów wymienionych we wniosku o utajnienie wskazano jego tytuł, jakie informacje zawiera, a także szczegółowe uzasadnienie, dlaczego dany dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Dalej znalazło się zapewnienie, że dokumenty zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje, posiadające wartość gospodarczą oraz uzasadnienie, jakie czynności Konsorcjum ADD podjęło względem ww. dokumentów w celu zachowania ich w poufności. Wprawdzie Konsorcjum ADD powołało się nieprawidłowo na art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, niemniej jednak Zamawiający ocenił, że błąd ten stanowi jedynie oczywistą omyłkę pisarską. Zamawiający stwierdził też, że zastrzeżenie zostało dokonane w dozwolonym ustawą zakresie, bowiem nie dotyczyło żadnego z elementów wyłączonych od utajnienia na mocy art. 8 ust. 3 w zw. z art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uznał za przekonującą argumentację Konsorcjum ADD dotyczącą spełnienia poszczególnych przesłanek objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Jeśli chodzi o rodzaj informacji posiadających wartość gospodarczą, w ocenie Zamawiającego Konsorcjum ADD wykazało, że informacje taką wartość posiadają. We wniosku o utajnienie wskazano, że zastrzeżone dokumenty zawierają informacje na temat m.in. specyfiki, konstrukcji i właściwości zaoferowanych urządzeń. Konsorcjum przedstawiło w odniesieniu do kwestionowanych dokumentów następującą argumentację:1) w odniesieniu do certyfikatu stanowiącego załącznik nr 15 do oferty Konsorcjum ADD podało, że jego treść nie została podana do publicznej wiadomości, a nadto opisuje on uprawnienia producenta w zakresie certyfikacji liczników, 2) w odniesieniu do certyfikatów stanowiących załączniki nr

16 i 17 do oferty Konsorcjum ADD podało, że zawierają one informacje techniczne dotyczące liczników i zastosowanych przez producenta rozwiązań; zarówno liczniki, jak i ich certyfikacja zostały zmodyfikowane specjalnie na potrzeby postępowania z uwagi na specyficzne wymagania Zamawiającego; ponadto certyfikaty badania projektu UE nie zostały udostępnione publicznie, a dostęp do ww. dokumentów ma jedynie wąskie grono pracowników producenta oraz wyznaczone przez lidera konsorcjum osoby zaangażowane w przygotowanie dokumentacji dotyczącej postępowania, 3) w odniesieniu do raportów stanowiących załączniki nr 35 i 36 do oferty Konsorcjum ADD wskazało, iż wyniki przeprowadzonych testów zawarte w treści dokumentów stanowią o przewadze konkurencyjnej, a ich udostępnienie mogłoby skutkować utrudnieniem jej budowania, jak również ujawniłoby informację na temat podmiotów posiadających odpowiednie kompetencje w ramach niezbędnych prac składowych potrzebnych do uzyskania certyfikacji na zgodność z normą 62053-23, 4) w odniesieniu do próbek liczników Konsorcjum ADD wskazało, że informacje zawarte na tabliczce znamionowej próbki mogą dać informacje innym potencjalnym wykonawcom na temat parametrów licznika, ponadto próbka zawiera rozwiązania konstrukcyjne w obudowie licznika, które stanowią o przewadze nad innymi rozwiązaniami dostępnymi na rynku polskim, które nie są podatne na modyfikacje bez dokonania koniecznych zmian form wtryskowych używanych do produkcji obudów licznika . Ponadto wskazano, że dokumenty zastrzeżone bez wątpienia zawierają informacje istotne z punktu widzenia Konsorcjum ADD, posiadające wartość gospodarczą, których ujawnienie mogłoby wyrządzić szkodę Konsorcjum, jak również każdemu z jego członków z osobna. Podkreślenia wymaga, iż informacja przedstawia wartość gospodarczą dla Konsorcjum właśnie z tego powodu, że pozostaje poufna. W zakresie przesłanki nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej Konsorcjum ADD złożyło zapewnienie, że wiadomości zawarte we wskazanych wyżej dokumentach nie zostały ujawnione publicznie .

W doktrynie oraz orzecznictwie KIO podkreśla się, że obowiązek wyrażony w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie tylko złożenie oświadczenia w tym zakresie, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie, niemniej jednak nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Trudno bowiem wyobrazić sobie wykazanie technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy etc.). Przy wykazywaniu przez wykonawcę spełnienia tych przesłanek, to od charakteru i rodzaju informacji zależy, czy wystarczającym będzie jedynie przedstawienie stosownego wyjaśnienia z powołaniem się na określone uwarunkowania gospodarcze, zasady działania na danym rynku, czy też niezbędne będzie przedstawienie dowodów. Konsorcjum ADD złożyło oświadczenie, zgodnie z którym względem zastrzeżonych informacji zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, ponieważ dostęp do informacji posiada zaledwie kilka osób, tj. osoby zajmujące się produkcją, rozwojem oraz osoby wyznaczone do przygotowania oferty. Osoby te zostały zobowiązane do zachowania poufności w związku z podpisaniem umów o zachowaniu poufności, a zatem Konsorcjum jest w stanie zidentyfikować osoby odpowiedzialne za przetwarzanie tych informacji. Ponadto Konsorcjum ADD zostało zobowiązane przez uczestnika konsorcjum - UAB „Elgama-Elektronika" Sp. z o.o. do zachowania w poufności informacji na temat informacji technicznych.

Powyższe oświadczenia i dowody przedłożone przez Konsorcjum ADD skłoniły Zamawiającego do przychylenia się do wniosku i nieujawniania dokumentów, co do których zastrzeżona została tajemnica przedsiębiorstwa, mając na uwadze również sankcje za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający dochował należytej staranności przystępując do badania złożonego zastrzeżenia i dokonał weryfikacji spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w takim zakresie, w jakim było to adekwatne i możliwe.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia zaprezentowane przez Konsorcjum ADD były konkretne, odnosiły się do zawartości każdego z dokumentów zawierających zastrzegane informacje, a także wpływu ewentualnego ujawnienia informacji na podmioty wchodzące w skład Konsorcjum.

Co do wskazania przez Konsorcjum ADD na fakt, że informacja przedstawia wartość

gospodarczą właśnie z tego powodu, że pozostaje poufna i próby dowiedzenia, że wynika ono z nieprawidłowej interpretacji jednego z orzeczeń KIO - S. Sołtysiński i S. Gogulski wskazują, że sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą; tę myśl w sposób pozornie zawierający błąd logiczny zdaje się wyrażać druga przesłanka definicyjna ujęta w art. 2 pkt 1 lit. b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem - tajemnice przedsiębiorstwa to informacje mające „wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą". We wniosku o utajnienie podano, że zawarte w zastrzeżonych dokumentach informacje nie zostały podane do publicznej wiadomości oraz że informacje w nich zawarte mają wartość handlową właśnie dlatego, że są objęte tajemnicą. W świetle przedstawionego wyżej poglądu, a także literalnego brzmienia dyrektywy, Zamawiający uznał, że wartość handlowa informacji może wynikać z tego, że jest ona objęta tajemnicą. Zamawiający miał prawo oprzeć się na oświadczeniu wykonawcy co do tego, że informacje zawarte w dokumentach, co do których zastrzeżona została tajemnica przedsiębiorstwa, w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Co do zarzutu dotyczącego ujawnienia na stronie internetowej podmiotu certyfikującego certyfikatów wydanych dla UAB „Elgama Elektronika" oraz dołączonych do ofert w innych prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach Zamawiający podzielił pogląd wyrażony w doktrynie, zgodnie z którym możliwe jest utajnienie całych dokumentów, nawet gdy niektóre zawarte w nich informacje nie spełniają przesłanek pozwalających na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli ujawnienie tej części informacji, która samodzielnie nie podlega ochronie, mogłoby stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał, że taka sytuacja zaistniała w tym przypadku.

Co do zarzutu, że liczniki oferowane przez Konsorcjum ADD w obecnym postępowaniu zostały udostępnione w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego to fakt, że oznaczenia typu tych liczników są tożsame z licznikami przedstawionymi w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, nie oznacza, że są one ze sobą zgodne w pełni w detalach konstrukcyjnych, które nierzadko mogą mieć ogromny wpływ na funkcjonalność urządzenia i że są to te same liczniki. Podczas badania informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum ADD Zamawiający wziął pod uwagę, że producenci mogą dokonywać racjonalizatorskich zmian w zakresie oferowanych przez siebie urządzeń, które wpływają na ich innowacyjność na rynku. W przypadku dokonania takiej zmiany konieczne jest wystąpienie do jednostki notyfikowanej, która wystawiała certyfikat badania typu/projektu, decydując, czy dana zmiana wymaga wystawienia rewizji/aneksu do istniejącego certyfikatu. Zamawiający nie zajmuje się jednak porównywaniem zmian w dokumentach certyfikujących dane urządzenie związane z rozwojem technologicznym kolejnych jego wersji, a wymaganie od niego takiego działania byłoby nadmiarowe. Twierdzenia Odwołującego o konstrukcji liczników zaoferowanych przez Konsorcjum ADD w niniejszym postępowaniu mogą stanowić jedynie przypuszczenia, bowiem są czynione wyłącznie na podstawie innych próbek, stosowanych w innych, wcześniejszych postępowaniach. Ponadto nawet gdyby elementy próbek liczników były zbieżne z tymi przedstawionymi w innych postępowaniach (czego Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować w pełnym zakresie), nie wyklucza to możliwości objęcia całej próbki tajemnicą przedsiębiorstwa. Taki wniosek wypływa m.in. z treści art. 39 ust. 2 porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (tzw. „TRIPS"), na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 28 lutego 2007 r., podkreślając m.in. fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności.

26. Do Wniosku o utajnienie dołączone zostały również liczne dokumenty:

Niesłusznie wskazuje Odwołujący, iż Konsorcjum ADD nie przedstawiło wystarczających argumentów pozwalających przyjąć, iż wykazany został związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą, jaką Konsorcjum ADD może ponieść w wyniku takiego ujawnienia. W ocenie Zamawiającego, we wniosku o utajnienie znalazło się uzasadnienie, dlaczego ujawnienie informacji może wyrządzić Konsorcjum szkodę i w czym Konsorcjum tej szkody upatruje, wskazano bowiem, że zastrzeżone informacje pozostają w kręgu zainteresowania przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną wobec Konsorcjum, jak i każdego z jego członków z osobna i zawierają one w sobie dane, które mogą służyć konkurencji do kształtowania własnej strategii działania ze szkodą dla Konsorcjum, a także, że uzyskane przez podmioty konkurencyjne informacje na temat kontrahentów, jednostek niezależnych oraz akredytowanych wykonujących i wydających stosowne certyfikaty, raporty jak również pozostałe dokumenty wymagane w niniejszym postępowaniu, sposobu przeprowadzania testów urządzeń oraz specyfiki i funkcjonalności oferowanych urządzeń, jak również oprogramowań, mogłyby zostać wykorzystane celem osłabienia pozycji rynkowej Konsorcjum, ale także uczestnika Konsorcjum, co miałoby

negatywny wpływ na możliwość realnego i uczciwego konkurowania, także w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam tub zbliżony przedmiot. Ponadto we wniosku wskazano, że ujawnienie danych zawartych w zastrzeganych przez Konsorcjum ADD dokumentach mogłoby w istotny sposób wpłynąć na możliwość uzyskania kolejnych zamówień, czy możliwość uczestniczenia w nich w charakterze podwykonawcy, a w dalszej perspektywie na rentowność jej działalności. Nie powinno być więc wątpliwości, że ujawnienie tego rodzaju informacji mogłoby wyrządzić Konsorcjum ADD i uczestnikowi konsorcjum nieodwracalną szkodę, a przede wszystkim wpłynąć negatywnie na jej pozycję na rynku.

Jeśli chodzi o załącznik nr 15, nie jest prawdą, iż Konsorcjum ADD nie odniosło się do części ustawowych przesłanek warunkujących uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. W części szczegółowej opisu poszczególnych załączników we wniosku o utajnienie wskazano, że informacje zawarte w tym załączniku nie zostały udostępnione publicznie. Wykazanie pozostałych przesłanek, tj. faktu, że informacja stanowi dla Konsorcjum wartość właśnie dlatego, że jest poufna, a także wykazanie, że podjęto działania mające na celu zachowanie informacji w tajemnicy, zostały przedstawione w części ogólnej wniosku.

Jeśli chodzi o załączniki nr 16 i 17, nie można przyznać racji argumentom Odwołującego, jakoby certyfikaty te nie mogły jako takie zawierać informacji o rozwiązaniach o charakterze technicznym, a także co do możliwej z góry do przewidzenia zawartości certyfikatów. Nie istnieje wyłącznie jeden ustalony wzór dokumentów certyfikujących liczniki, a certyfikaty wydawane przez różne jednostki różnią się pod względem układu, treści i zawartości; także certyfikaty wydawane przez tę samą jednostkę mogą się między sobą różnić. W związku z tym nie można z całą pewnością stwierdzić, że w każdym przypadku informacje technologiczne będą znajdować się akurat w załączniku do certyfikatu, a w związku z tym decyzja Zamawiającego co do ich nieujawniania w całości była uzasadniona.

Jednocześnie z cytowanego przez Odwołującego załącznika nr 2 moduł H1 ust. 4.3 dyrektywy w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych nie wynika, że certyfikat nie może zawierać innych elementów niż określone w tym przepisie. Wytyczne te należy interpretować jako minimalną zawartość certyfikatu, a zatem nie świadczy to o tym, że certyfikat nie może zawierać innych elementów, w tym stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ani że te niezbędne elementy takiej tajemnicy nie mogą stanowić.

Jeśli chodzi o załączniki nr 35 i 36, to Odwołujący sam zastrzegł analogiczny raport z badania jako tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnego zastrzeżenia dokonali także inni wykonawcy, co świadczy, że Zamawiający miał prawo uznać, że raporty te mają szczególnie newralgiczny dla wykonawców charakter, skoro tak powszechnie zostały one oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Co do załączników nr 37-40 Zamawiający przychylił się do argumentacji Konsorcjum ADD stwierdzając, że choć wymagania odnośnie tego, jakie informacje muszą znaleźć się na tabliczce znamionowej licznika określa punkt 5.12.1 normy PN EN 50470-1 - oprócz wymienionych w normie parametrów na obudowie licznika mogą znajdować się inne informacje istotne dla producenta lub wymagane przez Zamawiającego. W przypadku zaoferowanej przez Konsorcjum ADD próbki w ocenie Zamawiającego należało się przychylić do twierdzenia, że konkretne rozwiązania w tym zakresie mogą stanowić wartość dodaną i elementy innowacyjne wprowadzone przez producenta.

Fakt, iż urządzenie zostało przygotowane zgodnie z wymaganiami postępowania i na potrzeby tego postępowania, nie przesądza o tym, że nie może posiadać ono dla wykonawcy wartości gospodarczej, a jego ujawnienie nie mogłoby spowodować dla wykonawcy szkody. Zamawiający wskazał w załączniku nr 1 do umowy szczegółowe parametry oczekiwane od liczników oraz oprogramowania, ale nie narzucił, w jaki sposób ani z użyciem jakich technologii czy rozwiązań technicznych, mają zostać wykonane. W związku z tym wykonawcy posiadali duży zakres swobody w ich opracowaniu, pozostawiające pole do zaprezentowania nowatorskich rozwiązań. Wyczerpującej argumentacji w tym zakresie dostarcza sam Odwołujący w złożonym przez siebie uzasadnieniu objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Absurdalne jest również wnioskowanie Odwołującego, że z faktu, iż wykonawcy złożyli już swoje oferty i nie będą mogli skopiować rozwiązania na potrzeby niniejszego postępowania, miałoby wynikać, że informacja nie może posiadać wartości gospodarczej niezbędnej do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy. Okoliczność ta nie świadczy bowiem o tym, że rozwiązania techniczne przyjęte przez Konsorcjum ADD nie będą mogły być zastosowane w innych postępowaniach o podobnym przedmiocie. Na zagrożenie takie wskazało Konsorcjum we wniosku o utajnienie: będąc w posiadaniu informacji na temat naszych kontrahentów, jednostek niezależnych oraz akredytowanych wykonujących i wydających

stosowne certyfikaty, raporty jak również pozostałe dokumenty wymagane w niniejszym postępowaniu, sposobu przeprowadzania testów urządzeń oraz specyfiki i funkcjonalności oferowanych urządzeń jak również oprogramowań, konkurenci mogliby je wykorzystać celem osłabienia pozycji rynkowej Konsorcjum, ale także uczestnika Konsorcjum, co miałoby negatywny wpływ na możliwość realnego i uczciwego konkurowania, także w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam łub zbliżony przedmiot. Zamawiający nie podzielił przy tym argumentów Odwołującego w zakresie żądania oględzin próbek liczników dostarczonych przez Konsorcjum ADD, ponieważ zastrzeżone rozwiązania techniczne zastosowane przez każdego oferenta mogą dotyczyć zarówno elementów konstrukcyjnych, jak i zastosowanych materiałów oraz ich budowy przestrzennej, wykonanych w sposób wpływający na poprawę parametrów urządzenia lub podwyższenia jego funkcjonalności. Dlatego, według Zamawiającego, nie jest praktycznie możliwe określenie zakresu oględzin, które nie mogłyby ujawnić rozwiązań uznanych przez wykonawcę za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie zasługuje również na uznanie argumentacja Odwołującego, w świetle której niewskazanie wprost, jaki charakter mają poszczególne dokumenty, co do których zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa, miałoby prowadzić do wniosku, iż nie posiadają one charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego ani wartości gospodarczej. Zgodnie z brzmieniem art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Ustawa nie tylko nie nakłada na wykonawcę obowiązku nazwania wprost, jakiego rodzaju jest zastrzeżona informacja, ale też stanowi wprost, że może być to informacją inna niż o charakterze technicznym, technologicznym czy organizacyjnym, o ile posiada wartość gospodarczą i spełnione zostaną pozostałe przesłanki, o których mowa w ustawie.

Wszystkie powyższe argumenty skłoniły Zamawiającego do uznania, że wyłączenie oznaczonych przez Konsorcjum dokumentów od ujawnienia jest uzasadnione.

III Stanowisko przystępującego ZPA Smart Energy a.s.

Przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca ZPA Smart Energy a.s. Wykonawca ten nie przedstawił uzasadnienia merytorycznego swojego stanowiska.

IV Stanowisko przystępującego Konsorcjum ADD

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia ADD Polska Sp. z o.o. sp. komandytowa i UAB „Elgama-Elektornika” Sp. z o.o.

Przystępujący wniósł o uznanie zarzutów za bezzasadne i oddalenie odwołania.

Wskazał, że choć zasada jawności jest jedną z zasad udzielania zamówień publicznych i daje wykonawcom prawo do informacji, to jednak nie jest ono bezwzględne, a ograniczenia, które wynikają z przepisów są nie mniej istotne. Zamawiający nie może zatem pozwolić na to, aby w imię bezwzględnej jawności doszło do naruszenia konkurencyjności oraz nierównego traktowania konkurujących ze sobą wykonawców. Bezwzględna jawność nie może prowadzić do pozbawienia przewagi konkurencyjnej jednego wykonawcy w stosunku do drugiego w wyniku bezprawnego i stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Każdy z wykonawców ma prawo chronić każdą informację dla niego cenną gospodarczo, dzięki której będzie mógł zdobywać rynek i nowe zamówienia, także zamówienia publiczne. Art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych aktualnie wskazuje na jedyny zakres informacji, który nie może podlegać zastrzeżeniu, tj. informacje, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W pozostałych przypadkach, to ocena wykonawcy i podejmowane przez niego środki przesądzają o zakresie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak zauważył NSA w wyroku z 17 lipca 2013 r. (I OSK 608/13) skutkiem objęcia oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa jest związanie tą klauzulą zamawiającego, który działając w charakterze podmiotu zobowiązanego do udzielenia informacji publicznej nie ma innej możliwości niż odmówić udostępnienia dokumentów. Odwołujący z jednej strony kwestionuje zastrzeżenie informacji przez Przystępującego, a z drugiej zastrzega własne informacje w podobny, a miejscami analogiczny sposób. Nie może zatem oczekiwać nierównego traktowania Przystępującego oraz Odwołującego. Odwołujący próbuje też obniżyć rangę tych dokumentów, jednakże dokumenty te, jako bardzo istotne, nie bez powodu zostały zastrzeżone.

Certyfikat badania projektu UE zawiera informacje dotyczące w szczególności takich kwestii jak: zgodność z przepisami, informacje na temat producenta, model licznika, którego dotyczy, wskazanie jednostki certyfikującej, datę wydania i datę ważności certyfikatu.

Prawdą jest także, że pozostałe szczegóły dotyczące m.in. zastosowanych rozwiązań technologicznych, parametrów licznika energii elektrycznej, innowacyjnych rozwiązań są zawarte w tzw. „załączniku opisowym". Ponieważ jeden i drugi dokument stanowi całość, złożone są one jako jeden załącznik (plik). Tym samym Zamawiający otrzymał pełen zakres dokumentacji MID, której wymagał zgodnie z punktem 3.7.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie kluczowe jest sformułowanie, że certyfikaty badania typu (moduł B) oraz badania projektu (moduł H1) muszą być przedłożone: „wraz z aneksami i załącznikami". Ze względu na powyższe Przystępujący musiał udostępnić Zamawiającemu pełną dokumentację, co też uczynił. Załączniki zawierają szczegółowe informacje techniczne, jak również np. rysunki techniczne rozwiązań sprzętowych (np. zaciski klatkowe), które stanowią o myśli technicznej Przystępującego. Inaczej wykonała je firma Apator S.A., inaczej firma ZPA Smart Energy a.s. Różni producenci stosują różne rozwiązania, przy czym z uwagi na małą liczbę podmiotów oferujących swoje rozwiązania na rynku zastosowane przez każdego z producentów rozwiązanie stanowi jego know-how, nad którym pracują zespoły ds. rozwoju, a przede wszystkim dają przewagę konkurencyjną w stosunku do pozostałych wykonawców. Jest to o tyle istotne, że od tych różnic zależy to, czy dane liczniki energii elektrycznej działają zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, czy też zostają odrzucone na etapie badania próbki licznika. Sam MID nie opisuje tylko „parametrów i funkcjonalności opisujących liczniki", ale również przyjęte rozwiązania techniczne i ich sposoby użycia. Wiedza o rozwiązaniach konkurencji na ten temat stanowi istotną przewagę handlową i konkurencyjną.

W przypadku raportów badania licznika 1-fazowego i 3-fazowego na zgodność z normą EN 62053-23 (załącznik nr 35 i 36) Przystępujący opisał, dlaczego zastrzegł konkretne dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wśród nich, jako istotne w treści raportu, należy wskazać: opis technologii zastosowanych w liczniku do osiągnięcia wysokiej odporności przed warunkami środowiskowymi (jak np. korozja czy przenikanie pyłu i wody) oraz kompatybilności elektromagnetycznej (jak np. wyładowania elektrostatyczne, szybkie stany przejściowe, udary, zewnętrzne pole magnetyczne) - wraz ze zdjęciami licznika podczas ww. badań i ich szczegółowymi wynikami.

Wartość gospodarcza nie musi być przedstawiana przez wskazanie konkretnej czy przybliżonej kwoty wyrażonej za pomocą ogólnie przyjętego miernika wartości, co oznacza, że nie zawsze da się wyrazić w pieniądzu, gdyż dotyczy okoliczności, których nie można na takowy przeliczyć. W związku z tym może ona odnosić się do szczególnych okoliczności, informacji, wiedzy, które mają dla wykonawcy szczególne znaczenie.

Przepis art. 8 ust. ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi o konieczności wykazania stosowności zastrzeżenia. Wykazania nie należy jednoznacznie utożsamiać z udowodnieniem, gdyż sama ustawa posługuje się tymi dwoma określeniami i należy przyjąć, że na potrzeby stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych można założyć podobieństwo tych określeń, ale nie można ich używać zamiennie. Samo natomiast wykazanie może wyniknąć z samej argumentacji zawartej w wyjaśnieniach, szczególnie, że przedstawienie dowodów może być niemożliwe (wyrok KIO 330/20).

Co do certyfikatu zatwierdzenia systemu zarządzania jakością oraz certyfikatów badania projektu UE (moduł H1) Przystępujący wskazał, że certyfikaty badania projektu UE zrobione są dla całej rodziny liczników Gama 100 i Gama 300, a nie dla konkretnego typu licznika energii elektrycznej. Jest to kluczowe dla zdobywania przewagi rynkowej przez danego wykonawcę, np. certyfikat badania projektu UE (moduł H1) dla liczników 3-fazowych, obejmuje liczniki G3B oferowane ostatnio w postępowaniu w PGE Dystrybucja S.A., G3G oferowane wszystkim operatorom w Polsce i dostarczane do Tauron Dystrybucja S.A., PGE Dystrybucja S.A., Innogy Stoen Operator Sp. z o.o. oraz Enea Operator Sp. z o.o., jak również liczniki serii G3M oferowane w tym postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że nie jest prawdą, iż zastrzeżone dokumenty nie zostały nigdy udostępnione publicznie. Od 2002 roku do końca 2018 roku wykonawca UAB „Elgama-Elektronika" startował w postępowaniach ze swoim dotychczasowym partnerem Elgama Systemy Pomiarowe Sp. z o.o. ze Świdnicy. W tym czasie większość postępowań przetargowych przegrywał. Od czerwca 2019 r., od kiedy UAB Elgama-Elektronika zaczęła współpracować z ADD Polska Sp. Z o.o. sp. k. zaczęła wygrywać postępowania. W każdym z tych postępowań modyfikowana była dokumentacja, przede wszystkim techniczna. Zmiany zostały wykonane również na poziomie certyfikatów MID, które były poprawiane, modyfikowane i dopracowywane przed każdym postępowaniem. Liczniki, pomimo że noszą to samo oznaczenie, stanowią zmodyfikowany produkty, o czym świadczy m.in tzw. kod zamówienia (szerzej opisany w MID). W zdjęciach przesłanych przez Odwołującego kod zamówienia jest zupełnie inny. Wraz z modyfikacjami liczników od czerwca 2019 r. zmieniała się również dokumentacja techniczna dotycząca oferowanych liczników energii elektrycznej. To pozwala Przystępującemu przejść etap formalny oraz etap techniczny weryfikacji oferty, na którym to etapie wcześniej zamawiający wielokrotnie kwestionowali rozwiązania oferowane przez UAB Elgama Elektronika (Tauron, Energa, Innogy), z uwagi na „techniczne"

niedopracowanie składanych ofert.

Nie jest prawdą również, że badania mające na celu potwierdzenie zgodności z wymaganiami Zamawiającego stanowią „jedynie potwierdzenie". Raport z badania na zgodność z normą 62053-23 opisany jest na około 170 stronach (i to tylko dla jednego rodzaju licznika). Jest to spowodowane tym, że norma przewiduje szereg testów, gdzie odkrywane są walory danego licznika, w sposób mocno techniczny. Opisane są krok po kroku warunki wejściowe podczas testów, jak również wyniki każdego z poszczególnych z 75 testów przeprowadzonych na liczniku energii elektrycznej. Zamawiający to rozumie i dobrze interpretuje.

Dla podkreślenia uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa znajdujących się w raporcie, a w tym także na pierwszej stronie raportu, należy wyjaśnić, że są tam m.in. informacje o nazwie jednostki akredytowanej wykonującej badania. Jest to istotne z tego powodu, że raport z badań może mieć inne brzmienie w zależności od tego, jaka jednostka akredytowana przygotowuje raport. To, jaka jednostka akredytowana wykonała dane badanie, to decyzja biznesowa Przystępującego i związana jest z jego relacjami handlowymi. Zbiór podmiotów jest zamknięty i można zobaczyć, jakie podmioty na świecie mają uprawnienia do przeprowadzenia przedmiotowych raportów. Nie leży zatem w interesie Przystępującego ujawnienie takich informacji, bo w przyszłości może się okazać, że np. Odwołujący będzie tam zlecał setki testów tylko po to, żeby utrudnić Przystępującemu certyfikację na przyszłe postępowania. Takie działanie może bardzo istotnie osłabić pozycję konkurencyjną Przystępującego. Skoro ugruntowana linia orzecznictwa przesądziła o tym, że skład zespołu wykonującego zamówienie publiczne może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to także nie ma powodu, żeby kwestionować to uprawnienie w stosunku do jednostki akredytującej, w wyniku której badania i pracy powstaje raport, który może podbudować albo osłabić przewagę konkurencyjną Przystępującego, czy innego podmiotu. W przywołanym przez Odwołującego wyroku KIO 2765/12 Izba wskazała, że zarówno informacja, kto posiada certyfikat lub wystawił deklarację CE, mogłyby być nieznane ogółowi, a stąd stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co do próbek liczników Przystępujący wskazał, że art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie uzależnia skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa od ochrony patentem lub rejestracji wzoru przemysłowego. Przystępujący wyjaśnił przyczyny ich zastrzeżenia w przedłożonym Zamawiającemu uzasadnieniu. Rozwiązania konstrukcyjne to np. konstrukcja osłony skrzynki zaciskowej, której konstrukcja uniemożliwia odkształcenia w celu dostępu do przewodów fazowych licznika, czy konstrukcja rozwiązania zacisków klatkowych w liczniku itp. Przystępujący nie opisywał osobno każdej z części, bo nie wymagają tego przepisy, ale także dlatego że zbyt konkretne opisanie szczegółów, które chciałby poznać Odwołujący, prowadziłoby do uchylenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do aspektów technicznych i konstrukcyjnych licznika oferowanego przez Przystępującego. Wbrew twierdzeniu Odwołującego już same oględziny działania mechanizmu klatkowego i podejrzenie, jak jest zbudowany, nawet bez rozbierania licznika, zdradza know-how Przystępującego oraz stanowi o jego przewadze.

Co do zarzutu, że opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - „Wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń)" określają wymagania co do liczników oraz oprogramowania. Nie jest jednak prawdą, że „Zamawiający nie pozostawił Wykonawcom dowolności w zakresie parametrów przedmiotu umowy, co mogłoby zostać uznane za ewentualne know-how wykonawcy". Wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia są znane, ale metody, rozwiązania techniczne i sposoby dojścia do efektu, który wypełnia wymagania Zamawiającego, stanowią o sile danego przedsiębiorstwa, jego know-how. Liczniki energii elektrycznej to skomplikowane urządzenia elektroniczne. Zbudowane są z układów elektronicznych oraz oprogramowania wgranego do ich pamięci. Pewna optymalizacja, dobór komponentów powodują, że pożądane rozwiązanie można zaoferować danemu klientowi taniej niż inni oferenci. Ta wiedza jest cenna. Potwierdza to w swoim uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sam Odwołujący twierdząc, że „zaoferowane urządzenia nie są standardowymi urządzeniami. Mamy do czynienia zarówno z dostosowaniem do wymogów Zamawiającego, jak i kosztów wytwarzania. Wiedza na temat konfiguracji sprzętu, jak również oprogramowania stanowi know-how Wykonawcy. Co więcej - know-how Wykonawcy nie ogranicza się wyłącznie do poszczególnych urządzeń. Rozciąga się ono także na sposób budowy rozwiązania komponentów. (...) Wskazane dokumenty zawierają dokładne informacje konstrukcyjne, na temat osiągów i nieznanych powszechnie parametrów urządzenia, a nie tylko zgodności parametrów z przedziałem określanym w odnośnych normach".

Odwołujący stwierdził, że wiedza o tym, jakie urządzenia dobrało Konsorcjum ADD, nie posiada wartości gospodarczej uzasadniającej zastrzeżenie tej informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie jest to prawdą, ponieważ, np. prawie takie same liczniki, różniące się kilkoma detalami, zostały złożone w innym postępowaniu prowadzonym przez Innogy Stoen Operator Sp. z o.o., gdzie zaczerpnięte rozwiązania z liczników złożonych

przez ADD w tym postępowaniu zostały wykorzystane i Konsorcjum ADD Polska i Elgama Elektronika to postępowanie wygrało. Jedynym wykonawcą poza Przystępującym, który uczestniczył w tym postępowaniu, był Odwołujący i tam tajemnicy przedsiębiorstwa nie kwestionował. Postępowanie to Zamawiający rozstrzygnął na korzyść konsorcjum ADD. Do tego jednak doszło w sytuacji, w której można właśnie powiedzieć, że zadecydowały detale obecnie marginalizowane przez Odwołującego. Dlatego wiedza na temat takich szczegółów ma walor „posiadania wartości gospodarczej", musi pozostać poufna, bo taka informacja może być dla wykonawcy źródłem zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (por. wyrok KIO 2691/19).

Liczniki G3M i G1M oferowane już były w innych postępowaniach. Jednak od momentu, kiedy zespół pracowników Przystępującego dokonał modyfikacji w tych licznikach (m.in. zmodyfikował złącza klatkowe), co miało miejsce w okolicach lipca - sierpnia 2019, nigdzie takie liczniki nie były eksponowane do publicznej wiadomości. Konsekwentnie są zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w ramach wygranych postępowań nie wykonano jeszcze żadnych dostaw. Dodatkowo liczniki posiadają odmienny kod zamówienia, który wskazuje, co znajduje się wewnątrz obudowy. Typ licznika może być ten sam, jednak rozwiązania w podobnej obudowie mogą być diametralnie inne. Tym się różni Konsorcjum ADD od Odwołującego, który liczniki typu Norax 1 lub Norax 3, zaoferowane w tym postępowaniu, oferuje takie same w każdym innym postępowaniu.

Co do umowy o zachowaniu poufności z 10 czerwca 2019 r. - zarzut, że informacje znajdujące się w kwestionowanych dokumentach nie pochodzą od żadnego z konsorcjantów, lecz od jednostek notyfikowanych, których umowa ta nie dotyczy, nie ma uzasadnienia i chronione są także informacje dotyczące innych podmiotów, umowy te zawierają bardzo szerokie definicje i zakresy informacji chronionych, w tym także dotyczących podmiotów trzecich.

Zgodnie z wyrokiem KIO 9/20 „z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. wynika, iż podmiot uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi, przy zachowaniu należytej staranności, ma podjąć działania w celu utrzymania ich w poufności. Z ww. przepisu, jak i z treści art. 8 ust. 3 p.z.p. nie wynika, iż wykonawca obowiązany jest wykazać zamawiającemu wszystkie stosowane środki gwarantujące poufność, ale takie, które stanowią realną gwarancję utrzymania danych informacji w poufności". Podjęte przez Przystępującego środki stanowią o spełnieniu ww. wymogów, co potwierdzają kopie dokumentów.

Wobec braku naruszeń, o których mowa w stawianych przez Odwołującego zarzutach, nie mógł potwierdzić się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (zakres utajnionych dokumentów oraz próbek) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym. Izba uznała go za ustalony i nie będzie powtarzała.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie przedstawionych dokumentów oraz stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia części informacji zastrzeżonych w ofercie Konsorcjum ADD,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wskazane przepisy brzmią następująco:

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 (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

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, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. (art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

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. (art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, z zastrzeżeniem, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod warunkiem, że 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, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji złożonym wraz z ofertą Konsorcjum ADD wskazało na treść art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wyjaśniło, że wymienione dokumenty stanowią tajemnicę Konsorcjum, a w szczególności firmy UAB „Elgama-Elektronika" w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stwierdzając, że zastrzeżone dokumenty zawierają informacje na temat m.in. specyfiki, konstrukcji i właściwości zaoferowanych urządzeń oraz oprogramowań. Wykonawca wymienił zastrzeżone dokumenty, w tym sporne, z następującym uzasadnieniem:

Załącznik nr 15 - Certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania jakością zgodnie z modułem H1 dla zadania nr 1, nr 2, nr 3, nr 4 wraz z tłumaczeniem. Treść załącznika nie została podana do publicznej wiadomości, opisując uprawnienia producenta UAB Elgama

Elektronika w zakresie certyfikacji liczników. Dokument ten nie został udostępniony publicznie;

Załącznik nr 16 - Certyfikat badania projektu UE dla licznika 1f wraz z decyzją dla zadania nr 1 i nr 2 wraz z tłumaczeniem. Treść załącznika zawiera informacje techniczne odnośnie oferowanego w niniejszym postępowaniu licznika i zastosowanych przez producenta rozwiązań. Zarówno licznik jak i jego certyfikacja zostały zmodyfikowane specjalnie pod niniejsze postępowanie z uwagi na specyficzne wymagania Zamawiającego. Certyfikat badania projektu UE nie został udostępniony publicznie, dostęp do ww. dokumentu ma jedynie wąskie grono pracowników producenta oraz wyznaczone przez lidera Konsorcjum osoby zaangażowane w przygotowanie dokumentacji pod niniejsze postępowanie;

Załącznik nr 17 - Certyfikat badania projektu UE dla licznika 3f wraz z decyzją dla zadania nr 3 i nr 4 wraz z tłumaczeniem. Treść załącznika zawiera informacje techniczne odnośnie oferowanego w niniejszym postępowaniu licznika i zastosowanych przez producenta rozwiązań. Zarówno licznik jak i jego certyfikacja zostały zmodyfikowane specjalnie pod niniejsze postępowanie z uwagi na specyficzne wymagania Zamawiającego. Certyfikat badania projektu UE nie został udostępniony publicznie, dostęp do ww. dokumentu ma jedynie wąskie grono pracowników producenta oraz wyznaczone przez lidera Konsorcjum osoby zaangażowane w przygotowanie dokumentacji pod niniejsze postępowanie;

Załącznik nr 35 - Raport z badania na zgodność z normą EN 62053-23 licznika 1f wraz z tłumaczeniem. Treść załącznika zawiera załączniki wystawione przez centra akredytowane zaangażowane w precyzyjne testy na zgodność z normą 62053-23. Wyniki tych testów stanowią o przewadze konkurencyjnej i ich udostępnienie mogłoby skutkować utrudnieniem budowania przewagi konkurencyjnej, jak również ujawniłoby informację na temat podmiotów posiadających odpowiednie kompetencje w ramach niezbędnych prac składowych potrzebnych do uzyskania certyfikacji na zgodność z normą 62053-23. Informacje zawarte

w raporcie nie zostały ujawnione do informacji publicznej, raport ten został stworzony na zlecenie wykonawcy;

Załącznik nr 36 - Raport z badania na zgodność z normą EN 62053-23 licznika 3f wraz z tłumaczeniem. Treść załącznika zawiera załączniki wystawione przez centra akredytowane zaangażowane w precyzyjne testy na zgodność z normą 62053-23. Wyniki tych testów stanowią o przewadze konkurencyjnej i ich udostępnienie mogłoby skutkować utrudnieniem budowania przewagi konkurencyjnej, jak również ujawniłoby informację na temat podmiotów posiadających odpowiednie kompetencje w ramach niezbędnych prac składowych potrzebnych do uzyskania certyfikacji na zgodność z normą 62053-23. Informacje zawarte w raporcie nie zostały ujawnione do informacji publicznej, raport ten został stworzony na zlecenie wykonawcy;

Załącznik nr 37 - Próbka licznika 1f G1M 02473046 dla zadania nr 1 + nośnik pamięci Pendrive z nagranym oprogramowaniem narzędziowym „Gamalink", oprogramowaniem serwisowym „GamaLink Mobile" oraz „OrigAMI Mobile" + karta MicroSD z licencją do oprogramowania „GamaLink Mobile" + konwerter RS485 <-> USB została dostosowana do specyficznych wymagań Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu. Informacje zawarte na tabliczce znamionowej próbki mogą dać informacje innym potencjalnym wykonawcom na temat parametrów licznika, ponadto próbka zawiera rozwiązania konstrukcyjne w obudowie licznika, które stanowią o przewadze nad innymi rozwiązaniami dostępnymi na rynku polskim, które nie są podatne na modyfikacje bez dokonania koniecznych zmian form wtryskowych używanych do produkcji obudów licznika;

Załącznik nr 38 - Próbka licznika 1f G1M 02473047 dla zadania nr 2 + nośnik pamięci Pendrive z nagranym oprogramowaniem narzędziowym „Gamalink", oprogramowaniem serwisowym „GamaLink Mobile" oraz „OrigAMI Mobile" + karta MicroSD z licencją do oprogramowania „GamaLink Mobile" + konwerter RS485 <-> USB została dostosowana do specyficznych wymagań Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu. Informacje zawarte na tabliczce znamionowej próbki mogą dać informacje innym potencjalnym wykonawcom na temat parametrów licznika, ponadto próbka zawiera rozwiązania konstrukcyjne w obudowie licznika, które stanowią o przewadze nad innymi rozwiązaniami dostępnymi na rynku polskim, które nie są podatne na modyfikacje bez dokonania koniecznych zmian form wtryskowych używanych do produkcji obudów licznika;

Załącznik nr 39 - Próbka licznika 3f G3M 02473044 dla zadania nr 3 + nośnik pamięci Pendrive z nagranym oprogramowaniem narzędziowym „Gamalink", oprogramowaniem serwisowym „GamaLink Mobile" oraz „OrigAMI Mobile" + karta MicroSD z licencją do oprogramowania „GamaLink Mobile" + konwerter RS485 <-> USB została dostosowana do specyficznych wymagań Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu. Informacje zawarte na tabliczce znamionowej próbki mogą dać informacje innym potencjalnym wykonawcom na temat parametrów licznika, ponadto próbka zawiera rozwiązania konstrukcyjne w obudowie licznika, które stanowią o przewadze nad innymi rozwiązaniami dostępnymi na rynku polskim, które nie są podatne na modyfikacje bez dokonania koniecznych zmian form wtryskowych używanych do produkcji obudów licznika.

Załącznik nr 40 - Próbka licznika 3f G3M 02473045 dla zadania nr 4 + nośnik pamięci Pendrive z nagranym oprogramowaniem narzędziowym „Gamalink", oprogramowaniem serwisowym „GamaLink Mobile" oraz „OrigAMI Mobile" + karta MicroSD z licencją do oprogramowania „GamaLink Mobile" + konwerter RS485 <-> USB została dostosowana do specyficznych wymagań Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu. Informacje zawarte na tabliczce znamionowej próbki mogą dać informacje innym potencjalnym wykonawcom na temat parametrów licznika, ponadto próbka zawiera rozwiązania konstrukcyjne w obudowie licznika, które stanowią o przewadze nad innymi rozwiązaniami dostępnymi na rynku polskim, które nie są podatne na modyfikacje bez dokonania koniecznych zmian form wtryskowych używanych do produkcji obudów licznika.

Wyżej wymienione dokumenty zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje, posiadające wartość gospodarczą, co do których Konsorcjum podjęło niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, ponieważ dostęp do informacji powołanych powyżej, posiada w Konsorcjum zaledwie kilka osób, tj. osoby zajmujące się produkcją, rozwojem oraz osoby wyznaczone do przegotowania oferty. Osoby te zostały zobowiązane do zachowania poufności w związku z podpisaniem umów o zachowaniu poufności, a zatem Konsorcjum jest w stanie zidentyfikować osoby odpowiedzialne za przetwarzanie informacji wskazanych powyżej. Fakt, że dostęp do informacji zawartych w dokumentach wskazanych powyżej ma zaledwie kilka osób, które to osoby można szybko zidentyfikować powoduje, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jako dowód Konsorcjum ADD

przedstawiło umowę o zachowaniu poufności z 10 czerwca 2019 r. zawartą pomiędzy ADD Polska Sp. z o.o. sp. k. a UAB „Elgama-Elektronika", regulamin pracy dla pracowników ADD Polska Sp. z o.o. sp. k. i oświadczenie UAB „Elgama-Elektronika".

Dokumenty zastrzeżone bez wątpienia zawierają informacje istotne z punktu widzenia Konsorcjum, posiadające wartość gospodarczą, których ujawnienie mogłoby wyrządzić szkodę Konsorcjum jak również każdemu z jego członków z osobna. Informacja przedstawia wartość gospodarczą dla Konsorcjum właśnie z tego powodu, że pozostaje poufna.

Zastrzeżone informacje bezsprzecznie posiadają wartość gospodarczą i pozostają w kręgu zainteresowania przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną wobec Konsorcjum, jak i każdego z jego członków z osobna i zawierają w sobie dane, które mogą służyć konkurencji do kształtowania własnej strategii działania ze szkodą dla Konsorcjum. Będąc w posiadaniu informacji na temat naszych kontrahentów, jednostek niezależnych oraz akredytowanych wykonujących i wydających stosowne certyfikaty, raporty jak również pozostałe dokumenty wymagane w niniejszym postępowaniu, sposobu przeprowadzania testów urządzeń oraz specyfiki i funkcjonalności oferowanych urządzeń, jak również oprogramowań, konkurenci mogliby je wykorzystać celem osłabienia pozycji rynkowej Konsorcjum lub uczestnika Konsorcjum, co miałoby negatywny wpływ na możliwość realnego i uczciwego konkurowania, także w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Wobec powyższego, ujawnienie danych zawartych w zastrzeganych przez Konsorcjum dokumentach, mogłoby w istotny

sposób wpłynąć na możliwość uzyskania kolejnych zamówień przez naszą firmę (czy możliwość uczestniczenia w nich w charakterze podwykonawcy), a w dalszej perspektywie na rentowność jej działalności. Nie powinno być więc wątpliwości, że ujawnienie tego rodzaju informacji mogłoby wyrządzić Konsorcjum i uczestnikowi Konsorcjum nieodwracalną szkodę, a przede wszystkim wpłynąć negatywnie na jej pozycję na rynku.

Następnie wykonawca powołał się na wyrok KIO 532/19: „Informacja ma charakter techniczny, technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja organizacyjna obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja staje się <<tajemnicą przedsiębiorstwa>>, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kręgów odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna." oraz wyroki KIO 148/19 i KIO 2325/18 w zakresie obowiązku wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał także, że Konsorcjum zostało zobowiązane przez uczestnika Konsorcjum do zachowania w poufności informacji na temat informacji technicznych, co stanowi argument o konieczności zachowania ich w tajemnicy. Obowiązek ten dotyczy oczywiście wyznaczonych pracowników Konsorcjum. Wiedzę na temat omawianych warunków technicznych ma wąskie grono osób, które zostały zobowiązane do zachowania tajemnicy. W świetle powyższego nie budzi zatem wątpliwości, że informacje zawarte w dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odsyła do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez które należy rozumieć w szczególności ustawę z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010), której art. 11 ust. 2 zawiera definicję tajemnicy przedsiębiorstwa: „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."

Aby więc dana informacja mogła być tajemnicą przedsiębiorstwa, musi przede wszystkim posiadać stosowny charakter, tj.: 1) być informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa - posiadającą wartość gospodarczą lub też inną informacją posiadającą wartość gospodarczą, 2) nie być informacją powszechnie znaną osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji lub nie być informacją łatwo dostępną dla takich osób, 3) co do której uprawniony podmiot podjął działania w celu utrzymania jej w poufności. Jeśli zaś chodzi o postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego występują tu dodatkowe wymogi zawarte w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: 4) jeśli dotyczy informacji zawartej w ofercie - została ona zastrzeżona jako tajemnica nie później niż w terminie składania oraz 5) zastrzegający ją wykonawca - w momencie tego zastrzegania - wykazał, iż zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z zawartą w Słowniku języka polskiego PWN () definicją wyrazów „wykazywać/wykazywać się" oznaczają one: 1. „uzewnętrznić coś", 2. „ujawnić istnienie czegoś", 3. „przedstawić coś w sposób przekonujący", 4. „udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cechy charakteru", 5. „okazać dokumenty potwierdzające coś". Oznacza to więc tyle samo, co „udowodnić" - przy czym w zależności od rodzaju informacji i okoliczności, za dowód może być uznane samo oświadczenie wykonawcy, lub też poparte innymi dowodami, np. dokumentami. Niewątpliwie jednak w każdym przypadku, aby okoliczność została uznana za „wykazaną", musi być „przedstawiona w sposób przekonujący" oraz musi zostać „udowodnione, że ma ona określone cechy" (tutaj: cechy tajemnicy, charakter odpowiadający tajemnicy, kwalifikuje się na tajemnicę).

Rzeczone „wykazanie" jest warunkiem sine qua non, bez którego nie ma zastosowania odstępstwo od zasady jawności postępowania przetargowego.

W ocenie Izby Konsorcjum ADD w przygotowanym przez siebie uzasadnieniu nie wykazało, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, co już samo w sobie powoduje, że kwestionowane informacje nie mogą pozostać utajnione, a przywołane argumenty w najmniejszym stopniu nie są przekonujące.

Jak wynika z zacytowanego powyżej uzasadnienia Przystępujący skupił się na wykazaniu chęci utajnienia danych informacji, a nie ich cechach wymienionych w pierwszych dwóch przesłankach art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. że jest to informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa - posiadającą wartość gospodarczą lub też inna informacja posiadająca wartość gospodarczą - i, przede wszystkim, nie jest to informacja powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji lub nie jest informacją łatwo dostępną dla takich osób (chodzi tu głównie o budowę licznika jako takiego).

Przystępujący stosuje jedynie nic nie wnoszące ogólniki typu: bez wątpienia zawierają informacje istotne z punktu widzenia Konsorcjum, posiadające wartość gospodarczą, których ujawnienie mogłoby wyrządzić szkodę; Wyniki tych testów stanowią o przewadze konkurencyjnej i ich udostępnienie mogłoby skutkować utrudnieniem budowania przewagi konkurencyjnej; informacja przedstawia wartość gospodarczą dla Konsorcjum właśnie z tego powodu, że pozostaje poufna; zawierają w sobie dane, które mogą służyć konkurencji do kształtowania własnej strategii działania ze szkodą dla Konsorcjum; miałoby negatywny wpływ na możliwość realnego i uczciwego konkurowania etc.

Na powyższe wskazuje też odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający kilkukrotnie wraca do samej chęci zastrzeżenia i zachowania poufności, przemykając się i pomijając pozostałe przesłanki. A przy tym dodatkowo wskazuje, że zasadniczo to nie badał, czy te informacje zostały już wcześniej ujawnione - nawet w jego własnym, wcześniej prowadzonym postępowaniu. Zasadniczo każdy z argumentów czy to Zamawiającego, czy Przystępującego potwierdza, że brak jest w danych informacjach cech, którymi powinna odznaczać się tajemnica.

W ocenie Izby tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być bowiem informacja, którą może uzyskać każda osoba posiadająca zdrowy wzrok i stosowną wiedzę techniczną, w tym ewentualnie narzędzie w postaci śrubokrętu, zatem zdobyć ją poprzez zwykłe oględziny przedmiotu wprowadzonego do obrotu. Przy czym zaoferowanie Zamawiającemu danych liczników - nawet jeśli nie zostały one jeszcze wyprodukowane seryjnie i dostarczone - należy już uznać za wprowadzenie do obrotu (bowiem wraz ze złożoną ofertą pojawiły się już one na rynku dla nich właściwym). Zgodnie z art. 5 pkt 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz.U. z 2019 r. poz. 155) przez wprowadzenie do obrotu należy rozumieć udostępnienie przez producenta, jego upoważnionego przedstawiciela lub importera, nieodpłatnie albo za opłatą, po raz pierwszy na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym wyrobu w celu jego używania lub dystrybucji.
r., sygn.wprowadzeniem do obrotu jest przekazanie po raz
pierwszy produktu jego użytkownikowi, konsumentowi bądź sprzedawcy. Na gruncie zamówień publicznych za takowe można uznać już złożenie oferty na dany produkt.

Zresztą należy zauważyć, że tą samą zasadą kierował się ustawodawca nawet w stosunku do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa: „Pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, jeżeli nastąpiło w wyniku niezależnego odkrycia lub wytworzenia albo obserwacji, badania, rozłożenia na części, testowania przedmiotu dostępnego publicznie lub posiadanego zgodnie z prawem

przez osobę, która pozyskała informacje i której uprawnienie do pozyskania informacji nie było ograniczone w chwili ich pozyskania.” (art. 11 ust. 7 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Co do budowania przewagi konkurencyjnej i zdobywania zamówień - nie było sporne, że nabywcami przedmiotowych liczników są wyłącznie lub prawie wyłącznie operatorzy systemów dystrybucyjnych energii elektrycznej, a zamówienia na tym rynku zdobywa się w wyniku wygranych przetargów publicznych (lub innych trybów udzielania zamówień publicznych). Zatem wygrana zależy od po pierwsze tego, czy dany licznik spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia przygotowanej przez danego zamawiającego - przede wszystkim obligatoryjne, po drugie - na ile spełni wymagania fakultatywne zawarte w kryteriach oceny ofert oraz - od ceny licznika. Przy czym różni zamawiający stawiają odmienne wymagania szczegółowe wymagające częstych modyfikacji liczników, zmieniają się też przepisy, pojawiają nowinki techniczne, zatem produkty cały czas się rozwijają. Konsorcjum ADD czy też jego członkowie dotychczas często składali oferty, które zamawiający odrzucali jako niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia lub też uznawali za niespełniające wymagań fakultatywnych. Zatem była to wyłącznie kwestia cech danych liczników, a nie jakiejkolwiek know-how nieznane innym wykonawcom lub przewagi konkurencyjnej wynikającej z rozwiązań technicznych zastosowanych w licznikach - wręcz przeciwnie, to konkurenci (jak Odwołujący) już wcześniej posiadali liczniki, które spełniały wymagania zamawiających. Zatem to oni raczej posiadają przewagę konkurencyjną i to oni mogliby się spodziewać kopiowania swoich rozwiązań. Poza tym, jak wskazywał sam Zamawiający - z czym się zgadzali Odwołujący i Przystępujący - producenci liczników co do zasady nie kopiują cudzych rozwiązań - albo tworząc własne, jak Przystępujący, albo wybierając opcję tańszego produktu, nie posiadającego nieobowiązkowych funkcji.

Zatem „negatywnie na pozycję danego wykonawcy na rynku” wpływają głównie nie konkurenci - bo istnienie konkurentów śledzących kierunki rozwoju i osiągnięcia innych producentów to cecha większości rynków - lecz niespełnianie wymogów zamawiających zawartych w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia.

Co zaś do możliwości wygranej w kolejnym przetargu - wszyscy zainteresowani nim wykonawcy każdorazowo będą kalkulować koszt wytworzenia licznika o danych funkcjach i parametrach jak wymagane w danej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przewidywać ruchy konkurentów, w tym na podstawie uzasadnienia zamawiających w zakresie badania i oceny ofert w poszczególnych przetargach (przyczyny odrzucenia danej

oferty i przyznana punktacja za funkcje/parametry dodatkowe) oraz zaoferowanych cen

i w oparciu o to kalkulować swoje oferty - to z kolei cecha wszystkich przetargów we

wszystkich dziedzinach. Zatem nie jest tak, że dane o produkcie konkurenta z jednego przetargu bezpośrednio decydują o kolejnych wygranych.

Nie może być też tajemnicą przed konkurentami, czy dany wykonawca (tutaj: Przystępujący) spełnił wymagania obligatoryjne specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak też, na ile spełnił wymogi w zakresie kryteriów oceny ofert. Zatem nie może być tajemnicą wygląd obudowy licznika, bo - jak wskazał Zamawiający podczas rozprawy - widać na niej elementy, które świadczą o tym, czy wykonawca zaoferował spełnienie wymogów z danego kryterium oceny ofert. Jest to wręcz informacja, którą Zamawiający musi podać zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. punktację przyznaną oferentom w każdym kryterium oceny ofert wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Z założenia nie jest to więc tajemnica.

Poza tym już samo wskazanie ustawodawcy w art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, że oferty są jawne już od chwili ich otwarcia - powinno dać do myślenia, jaki był cel ustawodawcy, że ustanowił taki wyjątek co do ofert.

Z kolei inne informacje - jak np. dotyczące uprawnienia producenta UAB Elgama Elektronika w zakresie certyfikacji liczników - z niewiadomych przyczyn miałyby stanowić tajemnicę, skoro po pierwsze uprawnienia wszystkich producentów budowane są w oparciu o te same przepisy prawa, a każdy z nich wybiera sobie model działania stosowny do przedmiotu i najbardziej mu odpowiadający, a sam wykonawca wielokrotnie odwoływał się do modułu H1 (jeśli to o te uprawnienia chodziło, bo wykonawca tej kwestii nie wyjaśnił).

Tak samo niewiadome jest, czemu informacje o wynikach testów miałyby stanowić

o przewadze konkurencyjnej wykonawcy i ich udostępnienie mogłoby skutkować utrudnieniem budowania przewagi konkurencyjnej, skoro są to testy wymagane normami i prowadzone według norm i zgodnie z wymogami produkty każdego wykonawcy po prostu muszą je przejść.

Podobnie nie jest przekonujące logicznie i ekonomicznie twierdzenie Przystępującego, że po poznaniu nazwy jednostki, z której korzysta, konkurenci mieliby zacząć zlecać temu podmiotowi dziesiątki czy setki badań, aby uniemożliwić Przystępującemu korzystanie z usług tego podmiotu. Poza tym, owszem, dany przedsiębiorca może chcieć zachować w poufności dane kontrahentów, ale podmioty tego typu nie są zwykłymi kontrahentami, lecz podmiotami, którym zezwolono na wykonywanie pewnych zadań nadzorowanych czy to przez państwo członkowskie, czy UE - z tego powodu muszą być to podmioty z listy podmiotów notyfikowanych, których lista jest jawna. Nie ma więc powodu, by konkurent nie mógł zweryfikować, czy dane certyfikaty lub przeprowadzone badania zostały wydane/ przeprowadzone przez podmiot do tego uprawniony i we właściwy sposób (zgodnie z odpowiednią normą).

Tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą też być dane zawarte na tabliczkach znamionowych czy w inny sposób uzewnętrznione na obudowie lub w standardowej dokumentacji danego urządzenia, w tym instrukcji obsługi. Przede wszystkim te, które są wymagane przepisami prawa. Po drugie te, które stanowią o zwykłych parametrach danego urządzenia - zwłaszcza że najczęściej są to parametry charakterystyczne dla danej sieci albo dla urządzenia: napięcie natężenie, częstotliwość, odporność na temperaturę otoczenia, palność itd. Po trzecie - jeśli producent na obudowie (w dokumentacji produktu lub w innym miejscu) zawiera informacje, które nie są obowiązkowe, to należy uznać, że wręcz nimi epatuje, zamiast je chronić - zatem już z zasady nie stanowią tajemnicy (w szczególności a propos standardu komunikacji wskazanego na obudowie licznika).

Poza tym każdy produkt charakteryzuje się jakimiś parametrami, funkcjami, cechami i rozwiązaniami - lepszymi lub gorszymi niż produkty konkurencji - i same informacje techniczne w tym zakresie jeszcze nie mają charakteru tajemnicy, gdyż istotne jest przede wszystkim to, jak dany producent swoje parametry, cechy, funkcje, rozwiązania, lepsze niż konkurencja, osiągnął (gorsze nikogo nie interesują).

Co zaś do samej treści załączników:

1) załącznik nr 15, tj. certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania jakością, zawiera numer certyfikatu, nazwę wydającego, nazwę producenta, odniesienia prawne, kategorię przyrządu pomiarowego, potwierdzenie, czy system zarządzania jakością systemu produkcji producenta spełnia wymogi prawne, datę wydania i datę ważności, zakres certyfikatu (rodzaj liczników), postać i wymiary znaków plombowych, osoby odpowiedzialne i uwagi formalne co do ważności certyfikatu,

2) załączniki nr 16 i 17, tj. certyfikaty badania projektu UE, zawierają numer certyfikatu, nazwę wydającego, nazwę producenta, odniesienia prawne, kategorię przyrządu pomiarowego, opis jego przeznaczenia, ogólny opis, w tym ogólne wskazanie funkcji metrologicznych i oprogramowania, ogólne dane techniczne i metrologiczne (typu: podłączenie, klasa dokładności, napięcie, prąd, częstotliwość, zakres temperatur, poziom mocy, izolacja, palność, środowisko elektromagnetyczne, wymiary itd.), interfejsy i warunki kompatybilności, znakowania i napisy, środki bezpieczeństwa, wymagania co do produkcji i wprowadzenia do użytkowania i utylizacji, normy i przepisy stosowane w celu oceny, ogólne rysunki i schematy, współczynniki wpływające zależnie od temperatury oraz decyzję o certyfikacji,

3) załączniki nr 35 i 36, tj. ocena zgodności liczników z normą IEC 62053-23, zawierają wskazanie, jakie elementy testowano, a jakich nie (np. standardowe wartości elektryczne, testy wytrzymałości mechanicznej obudowy, test młotkiem, test wibracji, odporność na ciepło i ogień, ochrona przed wnikaniem pyłu i wody, warunki klimatyczne, pobór energii, test napięcia itd.) oraz deklarację spełniania poszczególnych podpunktów normy, oznaczenie kategorii palności materiałów itd., w tym opisy sposobu przeprowadzania prób (co jest już kwestią dotyczącą nie samego produktu, lecz sposobu działania badającego),

4) próbki liczników.

W stosunku do żadnego z tych dokumentów oraz próbek (poza odniesieniem do tabliczki znamionowej) Przystępujący nie wskazał, co konkretnie w treści jest tajemnicą i dlaczego. Jakkolwiek co do tabliczki znamionowej również nie wskazał, które parametry i dlaczego

miałyby ową tajemnicę stanowić. Co do możliwości zastrzeżenia tabliczki znamionowej i wyglądu próbek Izba odniosła się już powyżej.

Izba stanowczo nie zgadza się z twierdzeniem Przystępującego i Zamawiającego, że wykonawca dowolnie może sobie zastrzegać całość dokumentu. Orzecznictwo Izby wskazuje tu wprost na zasadę minimalizacji, tj. zastrzegać należy jedynie samą informację stanowiącą tajemnicę: jedną liczbę lub wyraz, jeden wers, jedno zdanie, jeden akapit, jedną stronę itd. - lub wręcz ich część. I co do każdej z tych informacji wykonawca powinien móc potrafić wskazać konkretne uzasadnienie zastrzeżenia.

Nie jest też tak, że jeśli inni wykonawcy przedstawili „jeszcze gorsze" uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy, to „wygrywa" ten, który przedstawił uzasadnienie „najmniej gorsze".

Nie ma znaczenia też, co w danym dokumencie teoretycznie mogłoby się znajdować, lecz to, co się w nim znajduje.

Każdy wykonawca, decydując się na wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie musi zdecydować się na poddanie się regułom transparentności (przejrzystości), które nie obowiązują w zwykłym niepublicznym obrocie lub jego stosunkach wewnętrznych. Zatem na gruncie zamówień publicznych nie jest wystarczająca jego chęć zachowania oferty lub jej elementów w poufności, przeczy to bowiem konieczności zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, której bezpośrednio służy jawność postępowania, w tym ofert konkurentów. Jak już wskazano powyżej, ustawodawca nie bez przyczyny bowiem wskazał na jawność ofert wobec wszystkich wykonawców już od momentu ich złożenia, a nie dopiero wyboru oferty najkorzystniejszej (jak przy innych dokumentach). Wykonawca - i Zamawiający - muszą zatem pogodzić się z tym, że również konkurujący wykonawcy mogą kwestionować oferowane produkty.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że działanie Zamawiającego nie było prawidłowe, dlatego orzekła jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu ujawnienie dokumentów i próbek niezasadnie zastrzeżonych przez Konsorcjum ADD we wskazanym w odwołaniu zakresie (w tym dokumentów stanowiących załączniki nr 35 i 36 w całości, a nie jedynie pierwszych stron) oraz umożliwienie wglądu do fizycznych próbek liczników. Przy tym Izba nie odnosiła się do zakresu oferty zastrzeżonego przez tego wykonawcę, co do którego Odwołujący nie wyraził żądań w odwołaniu, w tym całości próbek w postaci oprogramowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając poniesione przez Odwołującego koszty wpisu w wysokości 15.000 złotych i koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący: .....