Sygn. akt KIO 869/23

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2023 r. przez wykonawcę PRAXIS ŁÓDŹ P. i P. Spółka jawna z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze

przy udziale wykonawcy Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę PRAXIS ŁÓDŹ P.

i P. Spółka jawna z siedzibą w Łodzi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PRAXIS ŁÓDŹ P. i P. Spółka jawna z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy PRAXIS ŁÓDŹ P. i P. Spółka jawna z siedzibą w Łodzi na rzecz zamawiającego Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze kwotę 4 656 zł 98 gr (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt sześć złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3 598,98 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie 1 058,00 zł.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: …….

Sygn. akt KIO 869/23

U z a s a d n i e n i e

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek, kserokopiarek i urządzeń wielofunkcyjnych dla Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze oraz Sądów Rejonowych w Kamiennej Górze, Lwówku Śląskim i Lubaniu w podziale na części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 lutego 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00099838/01.

W dniu 28 marca 2023 r. wykonawca PRAXIS ŁÓDŹ P. i P. Spółka jawna z siedzibą w Łodzi, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez odtajnienie przedmiotowego środka dowodowego, w postaci raportów, w sytuacji gdy ww. dokumenty stanową tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego i podmiotu trzeciego, tj. producenta materiałów eksploatacyjnych i właściciela raportów, gdy dokumenty powyższe posiadają wartość gospodarczą i zostały skutecznie zastrzeżone przez Odwołującego;

2) naruszenie art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wobec uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z testów według norm ISO/IEC 19752 oraz ISO/IEC 19798.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności

odtajnienia raportów oraz uznania zastrzeżenia raportów jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, dalej „Przystępujący".

Zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, także wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Odwołującego, uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, informacji o odtajnieniu przez Zamawiającego zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 kwietnia 2023 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła dowodu z:

- opinii adw. A. K., załączonej do odwołania, traktując ją jako stanowisko własne Odwołującego wyrażone w dokumencie prywatnym; ponadto skład orzekający zwraca uwagę, iż posiada wiedzę z zakresu prawa zamówień publicznych i odpowiednie kompetencje, aby samodzielnie dokonać interpretacji przepisów w niniejszym stanie faktycznym;

- pisma producenta z dnia 24 marca 2023 r., które zostało złożone już po czynności odtajnienia dokumentów, zatem jest nieprzydatne dla celu wykazania, czy działanie Zamawiającego polegające na odtajnieniu raportów po zapoznaniu się z uzasadnieniem zastrzeżenia zostało dokonane prawidłowo i zgodnie z ustawą Pzp;

- zeznań świadka. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie oraz stanowiska stron i uczestnika zaprezentowane na posiedzeniu i rozprawie są wystarczające do wydania orzeczenia. Ponadto, to rolą wykonawcy jest wykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa na etapie dokonania zastrzeżenia, a nie podmiotu trzeciego będącego podmiotem uprawnionym do kontroli jakości, w zakresie badania produktów pod kątem spełnienia określonych norm. Dodatkowo, teza dowodowa Odwołującego jest niezrozumiała, bowiem nie wiadomo w jaki sposób właściciel laboratorium ma dowodzić wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji czy też know-how wykonawcy. Równocześnie w uzasadnieniu brak informacji o tym, że tajemnica przedsiębiorstwa dotyczy samego laboratorium;

- umowy na świadczenie badań produktów pod kątem spełnienia norm oraz przykładowych faktur związanych z ww. umową, uznając je przede wszystkim jako złożone dla zwłoki oraz bezprzedmiotowe, bowiem nic nie wnoszą do sprawy, tym bardziej, że Odwołujący nie zastrzegł informacji takich jak fakt współpracy producenta z laboratorium czy wynagrodzenie laboratorium jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek, kserokopiarek i urządzeń wielofunkcyjnych dla Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze oraz Sądów Rejonowych w Kamiennej Górze, Lwówku Śląskim i Lubaniu.

Zgodnie z pkt VIII.3 lit. f) specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", wraz z ofertą wykonawca zobowiązany jest złożyć m.in. raporty z testów zgodnych z normami ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711 (w powiązaniu z normą ISO/IEC 24712) lub równoważnymi, wystawione przez niezależny od danego producenta materiału eksploatacyjnego podmiot uprawniony do kontroli jakości, w zakresie badania produktów pod kątem spełnienia powyższych norm, osobno dla każdego z oferowanych produktów równoważnych, jakie oferuje wykonawca, potwierdzające wymaganą wydajność materiału eksploatacyjnego. Podmiotem wystawiającym stosowne dokumenty ma być niezależna od producenta jednostka posiadająca stosowną akredytację Polskiego Centrum Akredytacji, z uwzględnieniem art. 105 ustawy Pzp. (przedmiotowy środek dowodowy składany w przypadku oferowania materiałów równoważnych).

Stosownie do pkt VIII.14 SWZ Jeżeli oferta zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wykonawca, w celu zachowania poufności tych informacji, przekazuje je w wydzielonym i odpowiednio oznaczonym pliku. Zaleca się, aby w nazwie wpisać: „Dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa". Zarówno załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa jak i uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy dodać w polu „Załączniki i inne dokumenty przedstawione w ofercie przez Wykonawcę". Odpowiednie oznaczenie zastrzeżonej treści oferty spoczywa na Wykonawcy. Wykonawca wraz z przekazaniem informacji o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, zobowiązany jest wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pod rygorem możliwości ich odtajnienia. Jawną część uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy złożyć w odrębnym pliku.

W sytuacji, gdy Wykonawca zastrzeże w ofercie informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy lub odrębnych

przepisów, informacje te będą podlegały udostępnieniu na takich samych zasadach, jak pozostałe niezastrzeżone informacje.

Powyższe regulacje znajdują odpowiednie zastosowanie w przypadku zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na późniejszym etapie postępowania, w stosunku do oświadczeń i dokumentów składanych po otwarciu ofert.

Izba ustaliła, że Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. przedmiotowe środki dowodowe w postaci raportów z testów według norm ISO/IEC 19752 oraz ISO/IEC 19798 dotyczące materiałów równoważnych. Wykonawca załączył do oferty uzasadnienie objęcia zastrzeżonych dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa oraz umowę o udostępnieniu dokumentów i o zachowaniu poufności tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 23 lutego 2023 r. zawartą z Guangzhou Createch Group Polska sp. z o.o., w której producent udostępnił raporty zastrzegając ich poufność. Zarówno samo uzasadnienie, jak i umowa o poufności, zostały także zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący przedstawił nieco ponad dwustronicowe uzasadnienie w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, którego część stanowi przytoczenie treści art. 11 ust. 2 i 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wyroku Sądu Najwyższego.

Zamawiający w dniu 23 marca 2023 r. poinformował wykonawców, że uznał, iż wykonawcy Praxis Łódź P. i P. Spółka Jawna z/s w Łodzi, Firma Handlowa Komax 9 Sp z o.o. w Olsztynie, Ecoblack S.C. M. S., Ł. B. w Kielcach nie wykazali skutecznie, że zastrzeżone w złożonych ofertach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z tym zdaniem Zamawiającego nie zachodzi możliwość nieujawnienia ich na podstawie art. 18 ust 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie

zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że raporty z uwagi na ich treść w całości stanowią informację, o wartości technicznej, która w całości nie jest powszechnie udostępniana osobom. Dostęp do raportów jest limitowany do określonego wąskiego grona osób, które są pracownikami producenta i Odwołującego oraz osób uprawnionych po stronie Zamawiającego do zapoznania się z ich treścią. Odwołujący wskazywał jednocześnie, że same raporty są źródłem zysku, ponieważ zawierają informację, procedury i technologie jakie należy powziąć, aby wdrożyć w celu udowodnienia równoważności materiałów. Dokumenty zawierające zastrzeżone informacje umożliwią konkurowanie z innymi podmiotami, co stanowi wymierną wartość gospodarczą w postaci pozyskiwanych kontraktów. Dlatego też Zamawiający w sposób nieuprawniony, według Odwołującego, uznał za nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Odwołującego w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z testów według norm ISO/IEC 19752 oraz ISO/IEC 19798.

Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez odtajnienie przedmiotowego środka dowodowego, w postaci raportów, podlega oddaleniu.

Skład orzekający wskazuje na powszechny pogląd prezentowany w orzecznictwie, że jawność, transparentność i przejrzystość winny być priorytetem przy wydatkowaniu środków publicznych (m.in. wyrok Sądu Zamówień Publicznych z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, wyrok z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21, wyrok z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22 oraz wyrok TSUE z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21). Tym bardziej, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w której zgodnie z art. 11 ust. 2, 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. Za tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się więc tylko takie informacje, które łącznie spełniają trzy przesłanki: (i) mają

charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą; (ii) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób - czyli są poufne; (iii) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Dalej, jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Izba, nie może z urzędu doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu, spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami, itp.).

Jak wskazał TSUE w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r., C-54/21, instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter. Na obowiązek wykazania powyższego wskazuje również wprost art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 24

lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21 podkreślił, że wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Za błędne w ocenie Sądu należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Nie można traktować uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Ponadto, praktyka zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści dokumentów, wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników do ofert od dawna w orzecznictwie jest postrzegana jako negatywna. Potwierdza to chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, gdzie wskazano, iż takie działanie jest nie tylko sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, ale także utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie. Dlatego nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że nie miał innej możliwości jak utajnić cały dokument. Odwołujący podnosił, że zgodnie z normą (uwaga pod pkt 7.8.2.1.) raport musi być udostępniony w całości. Uszło jednak uwadze Odwołującego, że norma jest skierowana do laboratorium, a uwaga stanowi rekomendację. Ponadto, próżno szukać w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jakoby laboratorium nie wyraziło zgody, aby raporty były ujawnione w części.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający dokonał prawidłowej weryfikacji i oceny uzasadnienia Odwołującego co do przesłanek niedających podstawy do zastrzeżenie przedłożonych raportów z testów. Dokonując analizy treści przedłożonych dokumentów, Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wypełnione zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba doszła do przekonania, że uzasadnienie zastrzeżenia jest w swojej treści lakoniczne, zawiera jedynie ogólnikowe twierdzenia oraz przywołuje przepisy prawa.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, Izba uznała, że niewątpliwie sama informacja o podmiocie, który dokonał badania nie jest informacją poufną. Tym bardziej, że jak wykazał Przystępujący w Polsce istnieją obecnie trzy tego typu podmioty i informacje o nich są dostępne powszechnie na stronach Polskiego Centrum Akredytacji. Również daty wydania raportu nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zresztą Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia nie przedstawia jakiejkolwiek argumentacji dowodzącej poufności ww. elementu, który jest istotny, bowiem Zamawiający wymagał badania dokonywanego przez podmiot akredytowany. Zatem istotne jest, aby w dacie przeprowadzenia badania podmiot dokonujący badania posiadał taki status.

Izba podziela również pogląd Przystępującego, że treść minimalna raportów jest wystandaryzowana i zawiera takie informacje jak: dane jednostki certyfikującej dane klienta/zleceniodawcy, tj. producenta lub dostawcy tonera, podanie wymagań/norm, zgodnie z którymi oceniana była zgodność wyrobu, identyfikacja wyrobu, dla którego certyfikat jest wydany/raport jest sporządzany (Odwołujący sam te informacje ujawnił w ofercie, zatem straciły one walor poufności),

datę wydania i czas na jaki certyfikat został wystawiony, informacje o drukarkach, na których prowadzono testy, podpis jednostki wydającej raport/certyfikat (brak jakichkolwiek informacji o potrzebie utajnienia tych informacji w uzasadnieniu zastrzeżenia). Ponadto, każda z norm zawiera informacje o sposobie testowania oraz wzory raportów, z których nie wynika, aby w raporcie miały się znaleźć jakiekolwiek informacje na temat sposobu produkcji czy inny know how. Dane zawarte w raportach są więc determinowane określoną normą. Natomiast Odwołujący nawet na rozprawie nie wskazał, w którym miejscu raportu podane są informacje dotyczące procedury i technologii, jakie należy posiąść i wdrożyć, aby móc skutecznie produkować materiały eksploatacyjne lub inny know how dotyczący produkcji.

Odnosząc się do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, należy wskazać, że w doktrynie podkreśla się, że ochronie na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się wartością gospodarczą (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji, wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego, że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Przyjmuje się, że wykazywana wartość gospodarcza musi być realna. Wykonawca powinien zatem dokonać odpowiedniej wyceny poszczególnych zastrzeżonych informacji. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzić np. wykazany koszt prac projektowych, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać wartości finansowej informacji, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas wykonawca powinien przestawić znaczenie gospodarcze informacji dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurenci pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22). Kierując się ww. założeniami zamawiający powinien dokonać oceny czy zaistniały podstawy, by daną informację wykonawca mógł zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa i czy uczynił to skutecznie.

Odwołujący zaś nie wykazał żadnej skonkretyzowanej lub wyliczonej wartości gospodarczej. Okoliczność, że producent poniósł koszty badań, które są wymagane dla wykazania równoważności materiałów eksploatacyjnych w przetargach publicznych nie ma żadnego znaczenia dla uznania, że informacje zawarte w raportach mają wartość gospodarczą z tego powodu, że pozostają poufne. Na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia nie można ustalić jakiejkolwiek wartości gospodarczej wynikającej z utrzymania raportów w poufności. Odwołujący nie podnosił, że zastrzeżenie w poufności informacji zawartych w raportach przedstawia jakąkolwiek wartość gospodarczą dla Odwołującego, odnosił się w

zasadzie jedynie do interesu producenta. W ocenie Izby przywołane ogólne twierdzenia Odwołującego nie wyczerpują przesłanki wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Argumentacja wykonawcy w zakresie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji jest ponadto gołosłowna. Brak jest w treści uzasadnienia nie tylko samej argumentacji, ale nawet jakichkolwiek dowodów potwierdzających wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Odwołujący w treści złożonych wyjaśnień nie wykazał wartości majątkowej zastrzeżonych informacji. Nie wykazał również, iż posiada uzasadniony interes gospodarczy w nieujawnieniu treści raportów. Takim interesem gospodarczym nie może być chęć pozbawienia konkurencji możliwości weryfikacji równoważności zaoferowanego produktu. Również twierdzenia Odwołującego składane podczas rozprawy o utracie około 40% rynku, niezależnie od tego, że są spóźnione, to należy je uznać za gołosłowne, niepoparte żadnymi dowodami, przykładowo wyliczeniami. W ocenie Izby nie wystarczą jedynie deklaracje wykonawcy. W takim wypadku niezbędne jest przedłożenie konkretnych dowodów.

Dalej, Izba wskazuje, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania informacji w poufności. Odwołujący nie sprostał powyższemu ciężarowi. W ocenie Izby nie wystarczą jedynie twierdzenia wykonawcy, niezbędne jest przedłożenie konkretnych dowodów, lecz na etapie zastrzegania informacji, a nie dopiero w postępowaniu odwoławczym. Większość argumentów odwołania w ogóle nie została zawarta w uzasadnieniu zastrzeżenia i obecnie na etapie postępowania odwoławczego uzupełnienie, a właściwie tworzenie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, należy uznać za spóźnione.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący nie przedstawił wraz z uzasadnieniem żadnych stosownych dowodów, które umożliwiałyby przyznanie takiej ochrony informacjom zastrzeżonym. Brak w uzasadnieniu zastrzeżenia jakiejkolwiek argumentacji, jakiego typu polityka bezpieczeństwa informacji jest wdrożona w organizacji, jak informacje te są chronione, jakiej kategorii osób dostępne. Odwołujący nie złożył żadnego dowodu na wykazanie, że jakiekolwiek

procedury ochrony informacji istniały w jego przedsiębiorstwie przed złożeniem oferty, nie złożono jakichkolwiek dokumentów potwierdzających przestrzeganie u wykonawcy polityki bezpieczeństwa w zakresie informacji mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wspomina w uzasadnieniu o zobowiązaniu partnerów handlowych do zastrzegania niejawności tych dokumentów, niemniej na tę okoliczność nie przedkłada żadnego dowodu. Z treści uzasadnienia zastrzeżenia nie wynika w jaki sposób realnie chroniona jest informacja zastrzegana w niniejszym postępowaniu.

Takim sposobem niewątpliwie nie jest zawarcie umowy o poufności z karą o wysokości 1.000.000,00 zł za każde zdarzenie, tym bardziej, że ww. kara została zastrzeżona jedynie dla Odwołującego, nie realizuje ona żadnego obowiązku po stronie Odwołującego podjęcia działań zmierzających do ochrony zastrzeganych informacji. Ponadto, rację należy przyznać Przystępującemu, że niezasadne jest uznanie, że umowa dwustronna dotycząca nieujawniania informacji kreuje tajemnicę przedsiębiorstwa i z automatu oddziałuje na konieczność utrzymywania przez Zamawiającego informacji w poufności bez wykazania wszystkich elementów tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zawarcie takiej umowy nie wpływa na ocenę zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przepisy ustawy Pzp nie dają podstaw, aby uznać za skuteczne wobec podmiotów trzecich w taki sposób, by Zamawiający jedynie na jej podstawie miał automatycznie uznać zastrzeżenia za prawidłowe. Skoro Odwołujący był zobowiązany wobec producenta do zachowania w tajemnicy raportów, winien dołożyć szczególnej staranności, by wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, Zamawiający prawidłowo odtajnił przedmiotowy środek dowodowy w postaci raportów, bowiem Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne, a postępowanie prowadzone jest z zachowaniem zasad wynikających z przepisu art. 16 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: …….