

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **Mercator Medical S.A., ul. Heleny Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: **ZARYS International Group sp. z o.o. sp. k., ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu w części nr 1 postępowania: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie w całości dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę ZARYS International Group sp. z o.o. sp. k. jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:

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

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4859/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa rękawiczek jednorazowego użytku”, numer referencyjny: 161/P//2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.10.2024 r., nr 203/2024 627316-2024.

W dniu 23.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Mercator Medical S.A., ul. Heleny Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 74. ust. 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu przedmiotowych środków dowodowych w postaci Raportów z badań jak w pkt 7.2.1.3, 7.2.1.4 oraz 7.2.1.5. SWZ złożonych przez wykonawcę ZARYS, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był udostępnić dokument Odwołującemu.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„Zamawiający prowadzi Postępowanie podzielone na 3 części, przy czym niniejszej odwołanie dotyczy części nr 1. W Pkt 7.2.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia [dalej: „SWZ”] Zamawiający oczekiwał od wykonawców przedłożenia (...) przedmiotowych środków dowodowych: (...)”

W dniu 16 grudnia 2024 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, że miał możliwość dostępu do części jawnej dokumentacji poprzez dedykowaną platformę, informując jednocześnie, że po zapoznaniu się z zastrzeżoną częścią dokumentacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa uznał ją za skutecznie zastrzeżoną i postanowił jej nie odtajniać, udostępniając mu jednocześnie uzasadnienie zastrzeżenia przedmiotowego środka dowodowego (raport) przez ZARYS. (...)

Zamawiający przekazał Odwołującemu informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach części nr 1 (oferta ZARYS) w dniu 20 grudnia 2024 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. (...)

W niniejszym stanie faktycznym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy ZARYS nie może zostać uznane za skuteczne z następujących powodów:

f. Zastrzeżenie jest lakoniczne oraz nie przedstawia żadnych konkretnych informacji.

g. Wykonawca ZARYS nie wykazał, żeby zastrzegane informacje miały wartość gospodarczą.

h. Wykonawca ZARYS nie wykazał, że podjął w stosunku do informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności.

i. Do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały dołączone żadne dowody.

j. Zastrzeżone zostały całe dokumenty, podczas gdy nawet gdyby część informacji stanowiłaby tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie ujawnione mogłyby zostać wyłącznie poszczególne informacje, a nie całe dokumenty.

Niniejsze świadczy również o braku zachowania należytej staranności w stosunku do informacji.

Jednocześnie Odwołujący zwraca uwagę, że w realiach sprawy nie sposób dojść jakie „Raporty z badań” zostały zastrzeżone jako zawierające informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa (w ramach pkt 7.2.1. SWZ Zamawiający wymagał przedstawienia trzech rodzajów raportów z badań), w związku z powyższym odwołujący przyjął, iż przedmiotowe zastrzeżenie dotyczy wszystkich raportów wymienionych w pkt 7.2.1.3, 7.2.1.4 oraz 7.2.1.5. SWZ (...)

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest bardzo ogólne oraz nie przedstawia żadnych konkretnych informacji. Uzasadnienie składa się wyłącznie z ogólnikowych zapewnień dotyczących spełnienia przesłanek koniecznych do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. ZARYS przy tym w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego twierdzi, że dana przesłanka została przez niego spełniona.

Nie sposób nie odnieść wrażenia, że dokument ten nie został przygotowany, żeby zastrzec konkretne informacje w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz jest ogólnym dokumentem, którego zadaniem miałyby być uzasadnienie każdej informacji w każdym postępowaniu – i to przez dowolnego wykonawcę. (...)

Ponadto, warto zwrócić uwagę, że ZARYS w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odnosi się do tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem Odwołujący

chciałby wskazać, że w obecnym brzmieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji art. 11 ust. 4 nie zawiera definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 2 ustawy. (...)

W drugiej kolejności wskazuję, że ZARYS nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wykonawca nie wskazał ani jednej konkretnej okoliczności – to znaczy, jakie konkretne, wymierne korzyści osiąga z faktu utrzymania informacji w poufności albo jakich konkretnych, wymiernych strat doznałby, gdyby informacje zostały ujawnione. Samo subiektywne przekonanie o wartości gospodarczej, bez podania konkretnych, mierzalnych i weryfikowalnych okoliczności nie jest wystarczające.

Za wykazanie wartości gospodarczej nie mogą zostać uznane ogólne twierdzenia, w których wykonawca ogranicza się do tego, że „dokumenty niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą”. Wykonawca ZARYS w żaden sposób nie konkretyzuje swoich twierdzeń. Nie podnosi, co konkretnie by się stało gdyby konkurenci dowiedzieli się o procedurze badań, i przygotowań produktu. Nie wskazuje też na ile cenne dla jego przedsiębiorstwa są zastrzegane informacje i jaką konkretną, wymierną ekonomicznie wartość stanowi dla niego utrzymanie ich w tajemnicy. (...)

Wskazuję, że ZARYS nie wykazał, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności, ograniczając się wyłącznie do lakonicznego stwierdzenia, iż „informacje mają charakter poufny, ponieważ na zlecenie ZARYS dokonano (...) i od tego czasu nie zostały one w tej formie nigdzie ujawnione, a sam wykonawca nie podejmował żadnych czynności, mających na celach ich publiczne ujawnienie.”

W treści zastrzeżenia wykonawca nie wskazał na podjęcie jakichkolwiek działań wobec utajnionych informacji, które mogłyby prowadzić do utrzymania ich w poufności. Nie przedstawił również żadnego dowodu na to, że takie działania przeprowadził. (...)

Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym ZARYS zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa cały dokument. Tymczasem, nawet gdyby z daleko idącej ostrożności procesowej uznać, że część informacji może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (z czym jednak zgodzić się nie można), to z całą pewnością nie można uznać, że cały dokument składa się wyłącznie z informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. (...)

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr 1, w tym nakazanie udostępnienia Odwołującemu przedmiotowych środków dowodowych w postaci Raportów z badań jak w pkt 7.2.1.3, 7.2.1.4 oraz 7.2.1.5. SWZ złożonych przez ZARYS.

Pismem z dnia 30.12.2024 r. wykonawca ZARYS International Group sp. z o.o. sp. k., ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa rękawiczek jednorazowego użytku. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1 zamówienia, której przedmiotem są rękawice nitylowe.

W pkt 7.2.1. specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający wymagał złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych:

7.2.1.

Grupa 1 – Rękawice nitylowe

7.2.1.1.

Deklaracja Zgodności, w której znajduje się potwierdzenie zgodności oferowanego wyrobu z normą EN 374, EN 455.

7.2.1.2.

Certyfikat zgodności dla ŚOI–kategoria III.

7.2.1.3.

Raport z badań na przenikanie substancji chemicznych zgodnie z normą EN 16523-1 i potwierdzenie uzyskania poziomu ochrony min. 2 (czas przenikania ≥ 30 minut) dla co najmniej 3 substancji użytych w badaniu wykonanym przez niezależne laboratorium.

7.2.1.4.

Raport z badań na przenikanie cytotstatyków, wykonanych przez niezależne laboratorium, zgodnie z normami EN 16523-1 lub ASTM D 6978 potwierdzających uzyskanie poziomu ochrony min. 2 (czas przenikania ≥ 30 minut) - co najmniej dla cisplatyny, cyklofosfamidu, etopozydu, 5-fluorouracylu i paklitakselu, doksorubicyny, winkrystyny, a także dla karmustyny – czas przenikania min. 5

7.2.1.5.

Raport z badań na przenikanie wirusów, wykonanych przez niezależne laboratorium zgodnie z normą EN ISO 374-5 VIRUS (przebadane zgodnie z ISO 16604:2004 (metoda B)) lub ASTM F 1671

Zamawiający wymaga, aby dokumenty wymienione w pkt 7.2.1.3, 7.2.1.4, 7.2.1.5 były sporządzone, wystawione i podpisane przez niezależne laboratorium i oprócz wyników badań zawierały co najmniej: identyfikację zaoferowanej rękawicy i normę zgodnie z jaką wykonano badanie.

7.2.1.6.

Katalog/ wyciąg z katalogu/ karta danych technicznych/inny dokument w języku polskim na potwierdzenie wymagań zawartych w SWZ, zawierający oferowane produkty zawarte w specyfikacji.

7.2.1.7.

Próbki - zgodnie z wykazem załącznika nr 8 do SWZ

Zamawiający zaznaczył jednocześnie, że nie przewiduje uzupełniania dokumentów przedmiotowych i że może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Przystępujący złożył ofertę, do której dołączył raporty z badań, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadniając zastrzeżenie wskazał:

„1.) Raporty z badań

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa „rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”

Biorąc pod uwagę powyższą treść przepisu oraz stanowisko judykatury w przedmiotowej kwestii, spółka Zarys informuje, że złożone przez nią dokumenty mają niewątpliwie charakter informacji technicznych oraz technologicznych, ponieważ

opisują procedurę badań i przygotowań produktu, a także metodykę ich przeprowadzania. Dodatkowo, wskazane dokumenty zawierają informacje, które winny być rozumiane jako informacje o charakterze organizacyjnym oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą, w szczególności dane podwykonawcy Zarys International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrzu.

W związku z powyższym, wspomniane dokumenty niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą, która nie powinna zostać rozpowszechniona wobec konkurencji co mogłoby narazić spółkę Zarys na straty.

Nadto należy wskazać, że powyższe informacje mają charakter poufny, ponieważ na zlecenie Zarys International Group dokonano powyższych badań, aktualizacji, opisów w dniu ich wystawienia i od tego czasu nie zostały one w tej formie nigdzie ujawnione, a sam wykonawca nie podejmował żadnych czynności, mających na celu ich publiczne ujawnienie.

Zarys International Group przekazał swoim pracownikom oraz współpracownikom odpowiednie wytyczne wskazujące, że dana informacja ma charakter poufny, a jej rozpowszechnianie jest zakazane. Poza samym faktem poinformowania ww. osób o powyższej kwestii, w spółce obowiązują również odpowiednie regulaminy oraz procedury, uniemożliwiające przekazywanie oraz rozpowszechnianie powyższych informacji. Każdy z pracowników oraz osób świadczących prace na podstawie innego stosunku prawnego jest zobligowany do stosowania się do ww. regulaminów oraz procedur. Ponadto spółka Zarys w prowadzonych negocjacjach bądź zawieranych umowach ściśle przestrzega zachowania w poufności powyższych informacji, poprzez wprowadzanie do kontraktów odpowiednich klauzul poufności.

Konkludując Zarys International Group w sposób wyczerpujący wskazał, że powyższe informacje, zawarte w ww. dokumentach objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, a ponadto podjął odpowiednie kroki mające na celu zapewnienie im charakteru poufności, poprzez zastosowanie odpowiednich procedur.

Należy nadto zauważyć, że z treści art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, iż wykazane okoliczności odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa mają zostać uprawdopodobnione, a nie udowodnione".

W dniu 16.12.2024 r. Zamawiający odmówił Odwołującemu przekazania zastrzeżonych przez Przystępującego dokumentów.

W dniu 31.12.2024 r. (już po złożeniu odwołania) Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z prośbą „o rozważenie złożenia oświadczenia wyrażającego rezygnację z zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorcy w zakresie jakim owo zastrzeżenie dotyczy fragmentu RAPORTU Z BADAŃ, w którym zawarta jest informacja potwierdzająca spełnianie wymagań Zamawiającego określonych w SWZ pkt. 7.2.1.3, 7.2.1.4, 7.2.1.5:

a. Raport z badań na przenikanie substancji chemicznych zgodnie z normą EN 16523-1 i potwierdzenie uzyskania poziomu ochrony min. 2 (czas przenikania 230 minut) dla co najmniej 3 substancji użytych w badaniu wykonanym przez niezależne laboratorium.

b. Raport z badań na przenikanie cytostatyków, wykonanych przez niezależne laboratorium, zgodnie z normami EN 16523-1 lub ASTM D 6978 potwierdzających uzyskanie poziomu ochrony min. 2 (czas przenikania 30 minut) - co najmniej dla cisplatyny, cyklofosfamidu, etopozydu, 5-fluorouracylu i paklitakselu, doksorubicyny, winkrystyny, a także dla karmustyny— czas przenikania min. 5.

c. Raport z badań na przenikanie wirusów, wykonanych przez niezależne laboratorium zgodnie z normą EN ISO 374-5 VIRUS (przebadane zgodnie z ISO 16604:2004 (metoda B)) lub ASTM F 1671".

Przystępujący wyraził zgodę na odtajnienie części informacji zawartych w ww. raportach.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie Zamawiającego.

Przystępujący wnosił o odrzucenie odwołania z powodu braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania z uwagi na niepostawienie w odwołaniu zarzutu dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty. Przede wszystkim należy zatem zauważyć, że ewentualny brak interesu nie stanowi podstawy odrzucenia odwołania, ale stanowi podstawę do oddalenia odwołania. Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 15.01.2018 r. o sygn. akt KIO 21/18: „przesłanka dotycząca interesu w uzyskaniu zamówienia ma charakter materialnoprawny i podlega badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia może prowadzić do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów”. Zatem ewentualny brak interesu nie może być podstawą odrzucenia odwołania.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że Odwołujący zarzucając nieodtajnienie dokumentów złożonych przez Przystępującego uzasadnił swój interes tym, że „gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności udostępnienia Odwołującemu treści przedmiotowego środka dowodowego (raport z badań), to Odwołujący miałby możliwość zapoznania się z nim, a w konsekwencji złożenia odwołanie i podniesienia zarzutu zmierzające do odrzucenia oferty ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k.”, jak też wnosił o:

„a. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1;

b. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr 1, w tym nakazanie udostępnienia Odwołującemu przedmiotowych środków dowodowych w postaci Raportów z badań jak w pkt 7.2.1.3, 7.2.1.4 oraz 7.2.1.5. SWZ złożonych przez ZARYS”.

Odwołujący zatem wykazał swój interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, gdyż wskazał, że w przypadku odtajnienia dokumentów złożonych przez Przystępujących będzie mógł ewentualnie kwestionować treść jego oferty w celu jej odrzucenia i uzyskania zamówienia przez siebie, w związku z czym wyraźnie też domagał się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 1. Dodatkowo należy także zauważyć, że Odwołujący kwestionuje zaniechanie odtajnienia dokumentów, do których w chwili wniesienia odwołania nie miał dostępu, zatem trudno wymagać, aby „w ciemno” stawał zarzuty dotyczące wyboru oferty Przystępującego, skoro nie znał jej pełnej treści. Dlatego Izba nie znalazła podstaw do odmówienia Odwołującemu interesu we wniesieniu odwołania z przyczyn wskazanych przez Przystępującego.

Izba nie podzieliła także stanowiska Zamawiającego wskazanego w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym częściowe odtajnienie raportów za zgodą Przystępującego czyni postępowanie odwoławcze bezprzedmiotowym i powinno skutkować oddaleniem odwołania. Po pierwsze, ewentualna bezprzedmiotowość postępowania odwoławczego, opisana w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp jako postępowanie zbędne lub niedopuszczalne, stanowi podstawę jego umorzenia,

a nie oddalenia odwołania. Po drugie, należy zauważyć, że Odwołujący domagał się odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych (raportów) w całości, a nie w części, a ponadto Zamawiający mimo częściowego odtajnienia nie unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem udostępnienie Odwołującemu raportów częściowo odtajnionych nie tylko nie dałoby mu w dalszym ciągu wiedzy o ich pełnej treści, ale także uniemożliwiłoby mu ewentualne kwestionowanie oferty Przystępującego, gdyż w międzyczasie wybór najkorzystniejszej oferty stałby się ostateczny. W tej sytuacji, wbrew argumentacji Zamawiającego, dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego nie stało się ani zbędne ani niedopuszczalne, tj. nie zachodziła podniesiona przez Zamawiającego bezprzedmiotowość.

Przechodząc do meritum sprawy, należy w pierwszej kolejności przytoczyć właściwe przepisy. Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej: „uznk”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale w istocie stanowi obowiązek „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Powyższe znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku Izby z dnia 16.02.2018 r. o sygn. akt KIO 200/18 wydanym w oparciu o przepisy ustawy Pzp z 2004 r., ale zachowującym aktualność w świetle obecnie obowiązujących przepisów, w którym stwierdzono: „Oznacza to, że 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. Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawnie tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „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”.

Z przytoczonych przepisów i ww. wyroku wynika zatem, że deklaracje czy oświadczenia wykonawcy o zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie są wystarczające do tego, by informacji tych nie ujawniać. Wręcz przeciwnie, ograniczenie się wykonawcy do złożenia w uzasadnieniu zastrzeżenia takich oświadczeń, bez rzeczywistego „wykazania” wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, obliuguje zamawiającego do ujawnienia tych informacji. Przy czym należy podkreślić, że ocena zamawiającego w tym zakresie musi się opierać wyłącznie na uzasadnieniu przedstawionym przez wykonawcę, a nie na własnym przekonaniu zamawiającego, czy dane informacje powinny podlegać ochronie, czy nie. To wykonawca ma bowiem wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie zamawiający czy jakikolwiek inny podmiot (np. Izba) ma w zastępstwie za wykonawcę poszukiwać powodów zasadności zastrzeżenia tajemnicy. W dodatku każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien być świadomy tego, że zasadą jest, iż postępowanie to jest jawne (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp).

Należy także podnieść, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi być złożone przez wykonawcę jednocześnie z przekazaniem zastrzeżonych informacji, nie zaś dopiero w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą. Zatem argumenty, czy dowody przedstawiane dopiero w odwołaniu lub na rozprawie nie mogą wpłynąć na ocenę uzasadnienia złożonego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Przystępującego - pomijając już nawet podaną w nim nieprawidłową (nieobowiązującą już) podstawę prawną i treść przepisu definiującego tajemnicę przedsiębiorstwa - przede wszystkim należy zauważyć, że Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone w raportach informacje posiadają wartość gospodarczą. Przystępujący ograniczył się do złożenia oświadczenia: „Dodatkowo, wskazane dokumenty zawierają informacje, które winny być rozumiane jako informacje o charakterze organizacyjnym oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą, - w szczególności dane podwykonawcy Zarys International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrzcu. W związku z powyższym, wspomniane dokumenty niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą, która nie powinna zostać zwolnowiona wobec konkurencji co mogłoby narazić spółkę Zarys na straty”. Po pierwsze, trudno odnaleźć logiczne uzasadnienie wartości gospodarczej w ww. zdaniach, skoro Przystępujący próbował uzasadnić w nich wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji tym, że mają one

charakter organizacyjny i wartość gospodarczą. Przystępujący w pierwszym zdaniu napisał bowiem, że zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny i wartość gospodarczą, a w drugim zdaniu – że „w związku z tym” niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą, co stanowi błąd logiczno-językowy (pleonazm). Po drugie, wartość gospodarcza w ww. zdaniach nie została w żaden sposób wykazana także z tego względu, że Przystępujący nie wykazał przykładowo: na czym ona polega, z czego wynika, jakie konkretne skutki, w jakich konkretnych okolicznościach, w jakiej skali i jak realnie wpłyną na jego sytuację rynkową. Wskazanie na „narażenie na straty” jest tylko gołosłownym stwierdzeniem, które nie może przesądzać o jakiegokolwiek rzeczywistej stracie. Podobnie, sam fakt, że jakieś informacje zawierają dane podwykonawcy, nie świadczy automatycznie o tym, że mają one wartość gospodarczą. Po trzecie, ponownie należy przypomnieć, że „wykazanie” nie może polegać wyłącznie na złożeniu oświadczeń czy deklaracji, a właśnie do tego sprowadza się przytoczony powyżej fragment uzasadnienia Przystępującego. Przystępujący oświadczył po prostu w dwóch zdaniach (zawierających zresztą błąd logiczny), że zastrzeżone przez niego informacje, w tym dane podwykonawcy, posiadają wartość gospodarczą, bo ich ujawnienie mogłoby narazić go na straty. Jest to wyłącznie gołosłowne oświadczenie nie poparte żadnym wywodem, ani dowodem. Warto w tym miejscu przywołać wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 01.10.2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym stwierdzono: *Kierując się tymi założeniami KIO, słusznie zdaniem Sądu, uznała, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeżonej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzeżona informacja taką wartość posiada*. Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą.

Ponadto Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał też tego, że zachowuje zastrzeżone informacje w poufności. Ponownie Przystępujący ograniczył się do złożenia oświadczeń, że informacje te mają charakter poufny, gdyż nie zostały ujawnione, a Przystępujący „przekazał swoim pracownikom oraz współpracownikom odpowiednie wytyczne wskazujące, że dana informacja ma charakter poufny, a jej rozpowszechnianie jest zakazane. Poza samym faktem poinformowania ww. osób o powyższej kwestii, w spółce obowiązują również odpowiednie regulaminy oraz procedury, uniemożliwiające przekazywanie oraz rozpowszechnianie powyższych informacji. Każdy z pracowników oraz osób świadczących prace na podstawie innego stosunku prawnego jest zobligowany do stosowania się do ww. regulaminów oraz procedur. Ponadto spółka Zarys w prowadzonych negocjacjach bądź zawieranych umowach ściśle przestrzega zachowania w poufności powyższych informacji, poprzez wprowadzanie do kontraktów odpowiednich klauzul poufności”. Po pierwsze, należy stwierdzić, że w zasadzie w każdym podmiocie prywatnym (podobnie zresztą w państwowym) istnieją „regulaminy i procedury” mające na celu ochronę określonych informacji, jest to praktyka powszechna i gdyby sam fakt istnienia takich regulaminów i procedur uznawać za uzasadniający tajemnicę przedsiębiorstwa, to praktycznie wszystkie istniejące dane należałoby traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co w sposób oczywisty wypaczałoby cel i sens ustanowienia art. 11 ust. 2 uznk, a tym bardziej cel i sens obowiązywania zasady jawności w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tymczasem raz jeszcze należy przypomnieć, że zastrzeżenie jakichś informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma być wyjątkiem od zasady jawności, a nie praktyką powodującą, że w istocie brak jawności staje się zasadą. Po drugie, należy zauważyć, że Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, że takie regulaminy i procedury rzeczywiście obowiązują w spółce, że odnoszą się konkretnie do takich informacji, jak zastrzeżone w niniejszym postępowaniu, że pracownicy i inne osoby zostały zobligowane do stosowania ww. regulaminów i procedur oraz że zawiera w kontraktach klauzule poufności dotyczące właśnie takich konkretnie informacji, jak zastrzeżone w niniejszym postępowaniu. Przystępujący nie dołączył bowiem do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ani ww. regulaminów i procedur, ani dokumentów zobowiązujących pracowników i inne osoby do ich przestrzegania ani umów zawierających klauzule poufności. Nie wiadomo zatem, czy takie dokumenty w ogóle istnieją, a jeśli tak – to czy odnoszą się do informacji zastrzeżonych w tym postępowaniu, czy obowiązują od dawna czy tylko na użytek niniejszego postępowania i czy w ogóle przewidziany w nich sposób ochrony świadczy o rzeczywistej ochronie ważnych dla spółki informacji czy też nie wykracza poza to, co powszechnie i standardowo stosuje się w każdym przedsiębiorstwie. Tym samym Przystępujący ponownie ograniczył się do złożenia oświadczeń o zachowaniu zastrzeżonych informacji w poufności, natomiast w żaden sposób nie wykazał działań podjętych w tym zakresie.

Resumując, Przystępujący złożył uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa składające się z ogólnikowych i gołosłownych zapewnień, których nie można uznać za „wykazanie” zasadności zastrzeżenia tej tajemnicy. Wbrew temu, co napisał Przystępujący na końcu tego uzasadnienia, z art. 11 uznk, nie wynika, że „*wykazane okoliczności odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa mają zostać uprawdopodobnione, a nie udowodnione*”. Przystępujący decydując się na zastrzeżenia treści raportów jako tajemnicy przedsiębiorstwa miał więc obowiązek rzeczywistego wykazania, czyli udowodnienia ziszczenia się przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk i w żadnej mierze temu obowiązkowi nie podołał. Obowiązkiem Zamawiającego było w tej sytuacji odtajnienie raportów w całości i udostępnienie ich każdemu wykonawcy, który o to wnosił. Nie jest zatem zrozumiałe działanie Zamawiającego polegające na proszeniu Przystępującego o zgodę na ujawnienie tych informacji częściowo. Rolą Zamawiającego nie jest proszenie wykonawcy o zgodę, tylko dokonanie oceny, czy wykazał on zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli jej nie wykazał, Zamawiający zobowiązany jest do jej ujawnienia (bez proszenia o jakąkolwiek zgodę).

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że informując wykonawców zarówno o odmowie odtajnienia, jak i o odtajnieniu informacji zastrzeżonych, Zamawiający powinien wstrzymać się z wyborem najkorzystniejszej oferty co najmniej o czas, w którym wykonawcy mogą złożyć odwołanie na czynność odtajnienia lub odmowy odtajnienia. Dopiero po upływie tego czasu i ewentualnym rozpoznaniu odwołania przez Izbę, Zamawiający powinien podejmować dalsze czynności w zakresie badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyroku Izby. Takie zachowanie Zamawiającego pozwoliłoby na jak najszerze zachowanie zasady przejrzystości w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 16 pkt 2 ustawy Pzp).

Reasumując, Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem Zamawiający nie dokonując ich odtajnienia naruszył art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk i art. 16 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).
Przewodnicząca