

WYROK

Warszawa, dnia 17 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia

"PRAXIS ŁÓDŹ PILECKA I PETLAK" sp.j. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Województwo Mazowieckie w Warszawie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

KOMAX 9 sp. z o. o. w Olsztynie

orzeka:

Uwzględnia odwołanie w zakresie zaniechania odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez KOMAX 9 sp. z o. o.w Olsztynie wraz z ofertą i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez KOMAX 9 sp. z o. o.w Olsztynie wraz z ofertą, przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;

Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zamawiającego po połowie:

- 2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego koszty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Województwo Mazowieckie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Dostawa fabrycznie nowych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń kopiująco - drukujących na potrzeby wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych, na rzecz których realizowane jest zamówienie”, numer postępowania: OR-D-III.272.20.2024.MK, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 kwietnia 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00274233/01 (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

W dniu 25 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy "PRAXIS ŁÓDŹ PILECKA I PETLAK" sp.j. (ul. Przędzalniana 35 90-035 Łódź) (dalej Odwołujący) od niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego.

Pismem z dnia 29 maja 2024 r. złożonym w związku z wezwaniem Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia i udostępnieniem kopii odwołania, co miało miejsce 28 maja 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia KOMAX 9 sp. z o. o. (ul. Przemysłowa 2, 10-418 Olsztyn)(dalej Przystępujący lub KOMAX), którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała

zgłoszenie przystąpienia za skuteczne.

Odwolujący wniósł odwołanie od:

- zaniechania odrzucenia oferty KOMAX ze względu na niezgodność oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia, co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 Pzp w związku z art. 16 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp;

- zaniechania odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez KOMAX wraz z ofertą, mimo że dokumenty te nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 - dalej: uznk), a KOMAX nie sprostала obowiązkowi wykazania spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk dających podstawę do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło Odwołującemu przedstawienie zarzutów w zakresie niezgodności treści oferty złożonej przez KOMAX z warunkami zamówienia w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych, co w efekcie stanowiło naruszenie art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z 239 Pzp w zw. z art. 16 Pzp;

- wyboru oferty złożonej przez KOMAX, mimo, że oferta tego wykonawcy nie jest najkorzystniejszą w Postępowaniu i winna podlegać odrzuceniu, co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 Pzp w związku z art. 16 Pzp.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty KOMAX z dnia 21 maja 2024 r.; przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert; odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez KOMAX w Postępowaniu; odrzucenia oferty KOMAX ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący przyłączył się do stanowiska Zamawiającego.

Strony i uczestnik wnosili o dopuszczenie dowodów z dokumentów Postępowania, w szczególności oferty wraz z załącznikami KOMAX, zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa KOMAX przedmiotowych środków dowodowych wraz z przedmiotowymi środkami dowodowymi oraz innych dokumentów i dowodów przywołanych poniżej w uzasadnieniu.

Powoływali się na szereg stanowisk judykatury oraz decyzje organów wydane w innych sprawach.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba uwzględniła zarzut zaniechania odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych KOMAX a w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentacji Postępowania i uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie uznała, że w zakresie uwzględnionym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa KOMAX nie było skuteczne a w zakresie oddalonym Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego wskazanych odwołaniem przepisów.

Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Sporna była ocena prawidłowości oceny oświadczeń i dokumentów dokonana przez strony.

Odwolujący zarzut niezgodności z warunkami zamówienia oferowanego przez KOMAX tonera wywodził z faktu, że: 1) karta katalogowa, ani zdjęcie opakowania tonera oferowanego przez KOMAX nie wymienia dwóch wskazanych w kolumnie „d” drukarek tj. drukarek Lexmark: MS321DN oraz MX321ADN; 2) karta katalogowa innego niż oferowany przez KOMAX toner firmy Action wymienia jako kompatybilne drukarki Lexmark: MS321DN oraz MX321ADN; 3) kartę katalogową oferowanego przez KOMAX tonera wskazuje OEM Lexmark 56F2U00N, podczas gdy Zamawiający w kolumnie „c” wskazał OEM toner 56F2HOE; 4) karta katalogowa oferowanego przez KOMAX tonera wskazuje na wydajność 25 000 stron, podczas gdy producent drukarek wymienionych w kolumnie „d” tj. Lexmark przewidział dla tychże tonery o różnych wydajnościach niższych od 25 000 (20 000 stron albo 15 000 stron albo 6 000 stron w zależności od modelu drukarki), a toner 56F2HOE wskazany przez Zamawiającego w kolumnie „c” jako zalecany przez producenta i który współpracuje ze wszystkimi podanymi w kolumnie „d” drukarkami ma wydajność 15 000, co wskazuje na to, że toner oferowany przez KOMAX nie będzie prawidłowo działał z drukarkami wskazanymi w kolumnie „d” (na dowód czego Odwołujący przedłożył kartę katalogową drukarki Lexmark, wskazująca na maksymalną wydajność tonera niższa niż 25 000 stron – w tym miejscu Izba wskazuje, że dowód ten wskazuje jedynie na maksymalną wydajność tonera marki Lexmark dedykowanego / kompatybilnego z drukarką marki Lexmark i nie odnosi się w żaden sposób do kompatybilności oferowanego przez KOMAX tonera marki Action z drukarkami firmy Lexmark wymienionymi w kolumnie „d” oraz wniósł o dopuszczenie dowodu z eksperymentu z wykorzystaniem przywiezionej przez siebie drukarki firmy Lexmark model MS 421 (jako jednej z wymienionych w kolumnie „d”) oraz zakupionych przez siebie od podmiotu trzeciego oferującego produkty firmy Action tonerów model ATL-622NXX (z których wszystkie, jak wynikało z okazania nie były tonerami oryginalnymi ani nowymi lecz regenerowanymi) na okoliczność niezgodności typu tonera oferowanego

przez KOMAX z warunkami postępowania tj. że toner firmy Action model ATL-622NXX nie jest kompatybilny z drukarkami wymienionymi w kolumnie „d” w szczególności drukarką MS 421, także wobec zbyt dużej wydajności stron – Izba oddaliła wniosek jako zmierzający do przedłużenia postępowania wobec tego, że nie zmierza do rozstrzygnięcia istoty sporu: drukarka przedstawiona do eksperymentu nie jest drukarką kwestionowaną MS 321DN i MS 321ADN, ewentualny eksperyment wskaże jedynie, że przywieziona przez Odwołującego drukarka MS 421 nie jest kompatybilna lub jest kompatybilna z zakupionymi przez Odwołującego od podmiotu trzeciego tonerami firmy Action model ATL-622NXX, z których dodatkowo żaden nie jest tonerem oryginalnym ani nowym, a warunek postępowania dotyczy kompatybilności z drukarkami posiadanymi przez Zamawiającego z kolumny „d” tonerów firmy Action model ATL-622NXX nowych, i oryginalnych i nieregenerowanych a nadto dostarczanych na zlecenie wykonawcy bezpośrednio od ich producenta firmy Action (a nie od podmiotu trzeciego).

W zakresie zarzutu dotyczącego nieskuteczności zastrzeżenia tajemnicy Odwołujący wskazywał, że: „KOMAX nie sprostала obowiązkowi wykazania w/w przesłanek w odniesieniu do zastrzeganej informacji, a przedmiotowe środki dowodowe w postaci raportów z testów wydajności same w sobie już nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

23. Istotnym argumentem na gruncie niniejszej sprawy jest fakt, że informacje zastrzeżone przez KOMAX nie mogą same w sobie stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, bowiem wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu tajemnicy nie mają one chociażby charakteru technicznego, czy technologicznego oraz informacje zawarte w raportach z testów są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Raport określa bowiem zakres badania i normy, zgodnie z którymi zostało ono wykonane. Zakres badania i sposób jego przeprowadzenia jest ściśle określony w odpowiednich normach, które są przedmiotem weryfikacji tj. odpowiednio:

„1)ISO/IEC 19752 - norma pomiarów wydajności dla kaset z tonerem do monochromatycznych drukarek laserowych oraz do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenie posiadające komponenty drukarkowe);

2)ISO/IEC 19798 - norma pomiarów wydajności dla kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych oraz komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenie posiadające komponenty drukarkowe);

3)ISO/IEC 24711 - norma pomiarów wydajności dla kolorowych kartridży atramentowych oraz do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenie posiadające komponenty drukarkowe);

4)ISO/IEC 24712 - norma pomiarów wydajności dla kolorowych kartridży lub tonerów dla kolorowych drukarek atramentowych oraz komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenie posiadające komponenty drukarkowe);” 24. Wszystkie ww. normy są jawne i publicznie dostępne. Określają one w sposób precyzyjny parametry i warunki testowania w szczególności ustawienia sprzętu, rozmiar próbki, tryb drukowania, środowisko drukowania, papier itp. Normy obliczania wydajności zostały ściśle ustalone przez komitet ISO/IEC JTC1, dlatego ich nazwy składają się z prefiksu „ISO/IEC” niepowtarzalnego numeru. Norma ISO/IEC została stworzona przez komitet, w skład którego weszli przedstawiciele rządu, środowiska akademickiego i przedsiębiorstw. Normy ISO określają sposób i warunki wykonywania testu, standardowy wzorzec używany w testach oraz sposób obliczania podawanej wydajności na podstawie wyników testów. Treść normy jest jednakowa dla każdego testującego wydajność i treść norm jest dostępna dla wszystkich. Podkreślić przy tym trzeba, że ta sama jednostka notyfikowana, wykonuje testy różnych materiałów eksploatacyjnych dla każdego podmiotu, który takiej jednostce zleci wykonanie testów i w każdym raporcie znajdą się takie same informacje jeżeli chodzi o odniesienie się do określonych wymagań wskazanych norm. Producent nie jest przy tym jedynym podmiotem uprawnionym do zlecenia tego typu testów, zatem testy materiałów eksploatacyjnych ACTION mógłby zlecić każdy inny podmiot. Zatem nie ma takiej możliwości, aby raporty z testów wydajności odnoszące się do konkretnych norm i procedur w nich określonych zawierały informacje wyjątkowe dla danego podmiotu, niedostępne innym uczestnikom rynku.

25. Powyższa argumentacja sama w sobie świadczy o braku możliwości uznania raportów z testów za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiający jako profesjonalista powinien mieć świadomość faktu powszechności informacji zawartych w tych dokumentach.”

Izba ustaliła, w oparciu o dokumenty postępowania oraz załączone przez strony karty katalogowe drukarek Lexmark oraz tonerów firmy Action a także raport badań nr 26634777/2022, bezsporne pomiędzy stronami i uczestnikiem okoliczności, że:

1. Przedmiot zamówienia w Postępowaniu został określony w §5 SWZ, gdzie Zamawiający w ust. 4 wskazał: „Opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 2 do SWZ (wraz z załącznikami 1 i 2).”
2. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącym jednocześnie formularz cenowy

Zamawiający w pozycji nr 53 wskazał:

Lp.	Podkategoria	Nazwa asortymentu (Symbol materiału zalecanego przez producenta urządzenia)	Opis asortymentu (Nazwa urządzenia do którego ma zastosowanie materiał eksploatacyjny)	Nazwa producenta i symbol oferowanego równoważnego materiału eksploatacyjnego (Wykonawca wypełnia jedynie w sytuacji gdy oferuje materiał eksploatacyjny równoważny, brak wypełnienia komórki przez Oferenta jest jednoznaczne z zaferowaniem materiału oryginalnego)
a	b	c	d	e
53	Toner	Toner56F2H0E	Lexmark MS321DN Lexmark MS622DE Lexmark MX522ADHE Lexmark MS421DN Lexmark MX321ADN Lexmark MX622ADE Lexmark MS421DW Lexmark MX321ADW Lexmark MX622ADHE Lexmark MS521DN Lexmark MX421ADE Lexmark MS621DN Lexmark MX521DE	

tym samym Zamawiający oczekiwał zaferowania tonera kompatybilnego ze wszystkim drukarkami wymienionymi w kolumnie „d” w tym także wskazanymi w zarzucie drukarkami Lexmark: MS321DN oraz MX321ADN, jednocześnie w kolumnie „d” Zamawiający wskazał symbol OEM (tj. symbol oryginalnego produktu) tonera zalecanego przez producenta drukarek posiadanych przez Zamawiającego jako: Toner56F2H0E

3. Zamawiający oczekuje tonerów nowych, nieregenerowanych;

4. KOMAX w pozycji nr 53 załącznika nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia złożonego wraz z ofertą, zaferował w ramach przedmiotu zamówienia w kolumnie „e” toner firmy Action, numer katalogowy: Activejet ATL-622NXX

5. Karta katalogowa oferowanego przez KOMAX tonera ani jego opakowanie nie wymienia jako kompatybilnych z tym tonerem drukarek Lexmark: MS321DN oraz MX321ADN i jednocześnie ta karta katalogowa wskazuje symbol OEM: Lexmark 56F2U00

6. Karta katalogowa innego niż oferowany przez KOMAX tonera firmy Action, numer katalogowy ATL – 622N wymienia jako kompatybilne drukarki Lexmark: MS321 oraz MX321 i jednocześnie ta karta katalogowa wskazuje symbol OEM: Lexmark 56F2H00

7. Raport badań załączony przez Odwołującego wskazuje, że toner firmy Action model ATL- 622NXX jest przeznaczony do współpracy z drukarkami firmy Lexmark MS 521 i innymi kompatybilnymi

8. Oferowany przez KOMAX toner ma wydajność 25 000 stron

9. Dla drukarek wskazanych z kolumny „d” producent Lexmark dedykuje tonery oryginalne firmy Lexmark o wydajności różnej dla różnych modeli o wartościach np. 20 000 stron albo 15 000 stron albo 6 000 stron

Izba pominęła dowody w postaci zrzutu ze strony internetowej komunikatu o nieobsługiwaniu danego tonera przez drukarkę oraz zdjęć opakowań i kart produktów innych niż Action lub drukarek z kolumny „c” jako nieprzydatnych dla rozstrzygnięcia istoty sporu. Izba pominęła również dowód z postaci protokołu z eksperymentu Zamawiającego wobec braku danych dotyczących tego, w jakich warunkach został przeprowadzony, z wykorzystaniem, jakich urządzeń i produktów oraz tego, że podobnie jak dowód z eksperymentu wnioskowany przez Odwołującego dotyczył wyłącznie kompatybilności lub nie jednego urządzenia z jednym tonerem a tym samym nie zmierzał do rozstrzygnięcia istoty sporu.

Dalej Izba ustaliła, że:

10. Producent Action wytwarza produkty, w tym również oferowany przez KOMAX uniwersalny toner ATL-622NXX, w oparciu o różne komponenty (w tym także różne chipy i obudowy) kompatybilny z wszystkimi drukarkami z kolumny „d” i równoważny z tonerem Lexmark z kolumny „c”, bo będący odpowiednikiem tonerów Lexmark 56F2H00, 56F2X00, 56F2U) na zlecenie, w tym przypadku na zlecenie Przystępującego; i

11. Na opakowaniach tonerów firmy Action, mogą nie znajdować się wszystkie możliwe typy drukarek, z którymi dany toner jest kompatybilny;

co Izba ustaliła uwzględniając wyjaśnienia Przystępującego i Zamawiającego i w oparciu o oświadczenie producenta Action z dnia 13 czerwca 2024 r. oraz oświadczenie producenta Action z dnia 10 czerwca 2024 r.; w tym zakresie Izba nie dała wiary oświadczeniu przedłożonemu przez Odwołującego, że według kompatybilności 56F2U00 nie będzie działał w drukarce MS321, MS421, MX321, MX421, jako złożonemu przez podmiot trzeci niebędący producentem oferowanego przez KOMAX tonera a także nie przesądzającemu o właściwościach produktu firmy Action ATL-622NXX, jaki wykonany ma zostać na zlecenie Przystępującego.

Izba ustaliła również w oparciu o zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa KOMAX, zastrzeżone informacje w tym zastrzeżone w Postępowaniu przedmiotowe środki dowodowe, decyzje o odtajnieniu informacji KOMAX przez Sąd Rejonowy w Siedlcach, Raporty z testów, decyzje o odtajnieniu informacji KOMAX przez Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze, wezwania do wyjaśnień z 14 czerwca 2023 r. wyjaśnień z 15 czerwca 2023 r., że zastrzeżenie tajemnicy KOMAX ma charakter ogólnikowy i nie wykazuje przedsięwzięcia przez KOMAX środków

zapobiegających ujawnieniu informacji a charakter zastrzeżonych informacji nie odbiega od informacji dotyczących innych podobnych produktów dostępnych powszechnie.

Izba pominęła dowody, poza zastrzeżeniem tajemnicy w Postępowaniu wraz z przedmiotowymi środkami dowodowymi, jako irrelevantne dla rozstrzygnięcia istoty sporu, poza porównaniem danych objętych raportami (zastrzeżonymi w Postępowaniu i pozostałymi), które wskazują na ich porównywalność.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 18 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 uznk, 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 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.

Zgodnie z art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania 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. W art. 18 ust. 3 Pzp ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”, czyli udowodnił, że w stosunku do tych informacji ziszczył się przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Powyższa zasada wykazania przesłanek nie doznaje ograniczenia w świetle art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i znajduje potwierdzenie w rozstrzygnięciu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) z dnia 17 listopada 2022r., o sygn. akt C-54-21 (Antea Polska), które jedynie wskazało na możliwość zastrzegania tajemnicy nie tylko w stosunku do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk, lecz również innych które mogłyby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy. Tutaj jednak powstaje potrzeba wykazania możliwości naruszenia interesów handlowych wykonawcy i możliwości zakłócenia konkurencji w wyniku ujawnienia zastrzeganej informacji, co jednak nie było przedmiotem Oświadczenia o zastrzeżeniu i odwołania.

W ocenie Izby KOMAX nie sprostął obowiązkowi wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji w świetle uznk. Izba podzieliła w zakresie oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez KOMAX w ramach Postępowania stanowisko Odwołującego odmawiające uznania ich za wystarczające. Izba uznała, że w oświadczeniu o zastrzeżeniu nie wykazano przesłanek uznk a charakter części informacji nie pozwala w ogóle na ich zastrzeżenie. W ocenie Izby, KOMAX nie wykazał i uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie pozwala na stwierdzenie, że informacje objęte zastrzeżeniem są takiego charakteru, że powodowały lub mogły spowodować zakłócenia konkurencji, dawały przewagę wykonawcom, w tym także by pozwalały na określenie i przewidzenie sposobu ustalania cen lub innych wskaźników w przyszłych postępowaniach lub dały przewagę w niniejszym. W ocenie Izby treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oświadczeniu jest ogólnikowa i uniwersalna, w tym znaczeniu, że mogłaby w zasadzie (poza firmą KOMAX) być wykorzystana w treści dowolnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez dowolnego innego wykonawcę w każdym postępowaniu. Uzasadnienie zawiera wyłącznie deklaracje o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej, wpływie na zakłócenie konkurencji lub wartości handlowej, bez doprecyzowania na czym ona polega w świetle treści konkretnych dokumentów i zastrzeganych informacji i bez wykazania choćby tego, na czym miałyby polegać strata grożąca KOMAX w razie ujawnienia tych informacji czy też zakłócenie konkurencji. Same deklaracje czy oświadczenia, nie stanowią „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp. Ogólnikowość zastrzeżenia tajemnicy nie pozwala na ustalenie w jaki sposób ujawnienie tych danych dałoby przewagę konkurencji lub naruszyło konkurencyjność w Postępowaniu lub na rynku innym wykonawcom. Izba uznała również, że brak jest szczegółowego opisu przyjętych procedur zabezpieczających przed ujawnieniem informacji poufnych u KOMAX i zabrakło tutaj elementu wykazania zastosowania i wdrożenia tychże w odniesieniu do konkretnych zastrzeganych informacji objętych zastrzeżeniem. Sam fakt, zaś, że podmiot, od którego

zastrzegane dokumenty pochodzą zastrzegł ich poufność nie jest równoznaczny z ich zastrzeżeniem i wdrożeniem procedur u KOMAX. Oświadczenie o zastrzeżeniu nie wskazuje i nie wykazuje również, że obowiązkiem zachowania tajemnicy obciążono wszystkie osoby zaangażowane w przygotowanie oferty ani tym bardziej, że obowiązywało także wszystkie osoby mające dostęp do wszystkich informacji, które zastrzeżone zostały przez KOMAX. Okoliczność poniesienia kosztów celem pozyskania zastrzeganych danych także nie jest równoznaczna z wypełnieniem przesłanek uznania ich za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc zatem pod uwagę zarówno przepisy uznk, Pzp oraz dyrektywy klasycznej Izba stwierdziła, że KOMAX nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ani, że ujawnienie tych informacji mogło realnie zakłócić konkurencję i wpłynąć na warunki prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Natomiast nieujawnienie tych informacji może zamknąć innym wykonawcom drogę do wiedzy, która pozwolić może na ocenę składanej przez KOMAX oferty, co stanowi naruszenie art. 16 Pzp i przesądza o niezgodności decyzji Zamawiającego w tym zakresie z Pzp.

Stąd Izba uwzględniła zarzut odwołania i nakazała unieważnienie decyzji wyboru oferty najkorzystniejszej i odtajnienie zastrzeżonych informacji.

Izba stwierdziła dalej, że zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty, jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy lub jego określonym oświadczeniem / informacją a warunkami zamówienia, które zostały skonkretyzowane, skwantyfikowane i jednoznacznie ustalone przez zamawiającego lub wynikają z przepisu prawa, który zgodnie z wolą zamawiającego lub z mocy prawa stosuje się do wykonawcy. Dla odrzucenia oferty niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty lub oświadczenia / informacji przedstawionej przez wykonawcę z określonymi warunkami zamówienia lub przepisem, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości.

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność, czyli co i w jaki sposób nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami. Równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Izba wskazuje również, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 Ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze. Niesprostanie przez odwołującego ciężarowi dowodu skutkuje oddaleniem odwołania. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie dowodów, które jednoznacznie nie potwierdzają twierdzeń odwołującego stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów, a jedynie skutkują zaistnieniem wątpliwości w tym zakresie. W niniejszej sprawie brak było dowodów wykazujących niezgodność oferty KOMAX z warunkami zamówienia a jednocześnie dowody przedłożone przez Przystępującego potwierdziły prawidłowość jej oceny przez Zamawiającego. KOMAX zaoferował toner kompatybilny z drukarkami wskazanymi w kolumnie „d” i równoważny tonerowi wskazanemu w kolumnie „c”. Odwołujący nie wykazał, że było inaczej. W szczególności nie podważył skutecznie oświadczenia producenta oferowanego tonera potwierdzającego kompatybilność tonera. Odwołujący nie wykazał, że toner oferowany przez KOMAX nie jest kompatybilny ani że nie ma możliwości wyprodukowania tonera kompatybilnego z drukarkami Zamawiającego wskazanymi w kolumnie „d” przez innych producentów, w tym spoza z grupy Lexmark. Izba uznała, że dowody dokumentowe przedłożone przez Odwołującego nie wykazują twierdzeń, na których opierał zarzut Odwołujący. Stąd Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało

uzasadnienia faktycznego, w zakresie oddalonym, które pozwoliłyby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący