

WYROK

Warszawa, dnia 24 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego J.W. i B.S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Netprint spółka cywilna J.W., B.S., z siedzibą w Oświęcimiu przy ul. Unii Europejskiej 10 (32-600 Oświęcim) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 42 Bazę Lotnictwa Szkolnego z siedzibą w Radomiu, przy ul. Sadków 9, (26-600 Radom),

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego GOLDEN LINE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, przy ul. Krakowskiej 150 (35-506 Rzeszów),

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego J.W. i B.S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Netprint spółka cywilna J.W., B.S., z siedzibą w Oświęcimiu i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 1415/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – 42 Baza Lotnictwa Szkolnego w Radomiu prowadzi w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji postępowanie pn.: „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, urządzeń wielofunkcyjnych, faksów oraz papieru xero w 2024 r.”; znak postępowania: 16/TP/2024 (dalej zwane: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00265203/01 z dnia 29 marca 2024 r.

Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), (dalej zwanej: „Pzp”).

W dniu 22 kwietnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego J.W. i B.S. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Netprint spółka cywilna J.W., B.S. z siedzibą w Oświęcimiu (dalej zwany: „odwołującym”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności podjętych przez zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Golden Line sp. z o.o. (dalej zwany „Golden Line”);
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Golden Line – w części 1;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Golden Line – w części 2;
- 4) zaniechaniu odtajnienia informacji i dokumentów zastrzeżonych przez Praxis Łódź Pilecka i Petlak sp.j. (dalej zwany: „Praxis”) jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Opisanym powyżej czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Golden Line, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie czynności odrzucenia oferty Golden Line z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia (w zakresie oferowanego asortymentu) – część 1;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Golden Line, podczas gdy

obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie czynności odrzucenia oferty Golden Line z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia (w zakresie oferowanego asortymentu) – część 2;

3) art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Golden Line, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było wykluczenie wykonawcy Golden Line z uwagi na złożone przedmiotowe środki dowodowe, które wprowadzają w błąd, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

4) art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia informacji i dokumentów zastrzeżonych przez Praxis jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie czynności odtajnienia tychże informacji i dokumentów.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie, nakazanie zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu dokonania czynności powtórzenia badania i oceny ofert, nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia wykonawcy Golden Line, nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty Golden Line, nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odtajnienia informacji i dokumentów zastrzeżonych przez Praxis, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, jego oferta nie została odrzucona, ani odwołujący nie został wykluczony z postępowania. Gdyby zamawiający wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, to oferta złożona przez odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, gdyż powinna zostać najwyższej oceniona w ramach kryteriów oceny ofert. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Szkoda pozostaje w tej sytuacji w adekwatnym związku przyczynowo - skutkowym z uchybieniami, których dopuścił się zamawiający.

W uzasadnieniu dla zarzutu z pkt. 1 odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią pozycji 11 z załącznika nr 2 do SWZ (formularz oferty wraz z formularzem cenowym), zamawiający jako produkt referencyjny wskazał toner KYOCERA TK-5270 ŻÓŁTY. Golden Line zaoferował produkt „Golden Line WD-TK5270M”. Jest to produkt, który odpowiada za toner o kolorze innym niż żółty (czerwony/purpurowy). Wskazuje na to oznaczenie „M” użyte w kodzie tonera – co jak podkreślił odwołujący jest zwykłą praktyką w zakresie oznaczania tonerów (robią tak producenci oryginalnych tuszy, zamawiający, ale także wykonawca Golden Line, co można zauważyć patrząc np. pozycje 19, 27 czy 35). Dlatego też jak odwołujący podkreślił, w żadnym wypadku nie może zostać uznane, że wykonawca Golden Line zaoferował rozwiązanie równoważne w tym zakresie – po prostu zaoferował tusz innego koloru niż wymagał tego zamawiający. Oznacza to, że gdyby zamawiający zawarł umowę z wykonawcą Golden Line, to w ramach pozycji 11 zamiast tonera o kolorze żółtym, Zamawiający otrzymałby toner o kolorze magenta. Nie są to ani równoważne, ani zamienne tonery. Odwołujący w tym miejscu przywołał orzeczenie KIO, gdzie „dla stwierdzenia niezgodności oferty z wymaganiami konieczne byłoby wskazanie jednoznacznych parametrów, jako niedopuszczalnych lub uniemożliwiających osiągnięcie parametrów wskazanych przez Zamawiającego” (KIO 3734/23). Odwołujący podkreślił, iż w takiej sytuacji wykonawca Golden Line zaoferował przedmiot zamówienia, który nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego, gdyż wykonawca ten zaoferował po prostu inny produkt niż ten, jakiego wymagał zamawiający, przy czym „inny” oznacza, że jest to produkt, który nie zaspokoi potrzeb Zamawiającego w tym zakresie.

Odwołujący dalej wskazał, iż istotnym jest, że „aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp. musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania Zamawiającego” (KIO 3283/23). W zakresie świadczenia oferowanego przez wykonawcę Golden Line jest to bardzo proste do uchwycenia – zamawiający żądał tonera koloru żółtego, wykonawca Golden Line zaoferował mu toner koloru magenta.

Odwołujący podkreślił, iż treść oferty wykonawcy musi w sposób jasny potwierdzać jej zgodność z warunkami zamówienia – a w przedmiotowym przypadku, treść złożonej oferty nie potwierdza takich okoliczności, gdyż jest ona wprost niezgodna z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zaoferowanie, w dwóch pozycjach, innych tonerów (innych kolorów) niż wymaga tego zamawiający musi prowadzić do uznania, że przedmiot świadczenia zaoferowany przez Golden Line jest odmienny, niż pożądał i wymagał tego zamawiający.

Odwołujący argumentował dalej, iż tożsama sytuacja występuje w pozycji 12 formularza oferty. Zamawiający jako produkt referencyjny wskazał „Toner KYOCERA TK-5270 CZERWONY”, natomiast wykonawca Golden Line zaoferow:

produkt „Golden Line WDTK5270Y”. Jest to produkt, który odpowiada za toner o kolorze innym niż czerwony (żółty). Wskazuje na to oznaczenie „Y” użyte w kodzie tonera – co ponownie odwołujący podkreślił, iż jest zwykłą praktyką w zakresie oznaczania tonerów. Zatem, również i w tym przypadku, gdyby doszło do zawarcia umowy, zgodnie z argumentacją odwołującego zamawiający zamiast otrzymać toner w kolorze czerwonym, otrzymałby toner w kolorze żółtym. Nie jest to kolor równoważny czy zamienny w stosunku do tego, jaki wymagał Zamawiający. Takie złożenie oferty przejawia się w niezgodności oferowanego świadczenia, co do którego wykonawca Golden Line złożył oświadczenie woli w swojej ofercie i przez jej złożenie przyjął do potencjalnego wykonania, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje od wykonawcy.

Uzasadniając swoje stanowisko w zakresie zarzutu z pkt. 2, odwołujący wskazał i zgodnie z treścią pozycji 38, 39 i 88 z załącznika nr 2 do SWZ dla części 2 (formularz oferty wraz z formularzem cenowym), wykonawca Golden Line zaoferował toner „Golden Line, WD E460X11E”. Na potwierdzenie, że wskazany toner spełnia wymogi określone przez zamawiającego, wykonawca Golden Line przedłożył „Sprawozdanie nr 32-WD/2022”. W sprawozdaniu tym wskazane zostało, że badanie zostało przeprowadzone przy użyciu następujących urządzeń:

- 1) Drukarka Lexmark e460dn;
- 2) Drukarka Lexmark e260;
- 3) Drukarka Lexmark e460dn.

Jak podkreślił odwołujący takie badanie nie mogło zostać jednak wykonane na drukarce Lexmark e260 z uwagi na to, że oryginalny toner Lexmark E460X11E, którego rozwiązanie równoważne zaoferowane przez wykonawcę Golden Line to toner „Golden Line, WD E460X11E”, nie jest w żaden sposób kompatybilne z drukarką Lexmark e260. Zgodnie bowiem z informacjami producenta Lexmark, drukarka Lexmark e260 nie obsługuje tuszu E460X11E. Odmienne zaś, drukarka Lexmark e460dn obsługuje tusz dedykowany dla drukarki Lexmark e260. Oznacza to, że test dla produktu „Golden Line, WD E460X11E” nie mógł być prawidłowo przeprowadzony przy użyciu drukarki Lexmark e260. Na dowód swoich twierdzeń odwołujący przedstawił zrzuty z ekranu ze strony internetowej producenta Lexmark i oświadczenie producenta Lexmark. Nie jest zatem możliwe uznanie, że zaoferowany produkt „Golden Line, WD E460X11E” spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, gdyż nie został on w prawidłowy sposób przebadany – zatem nie jest możliwe ustalenie, że oferowany produkt jest rozwiązaniem równoważnym dla rozwiązania referencyjnego. Powyższe jednoznacznie potwierdza, według argumentacji odwołującego, że oferta Golden Line winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Odwołujący w dalszej kolejności uzasadniał zarzut z pkt 3, gdzie w jego ocenie Golden Line winien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na przekazywanie nieprawdziwych informacji związanych ze spełnianiem przez oferowanego przez niego zamienniki wymogów określonych przez zamawiającego dla rozwiązań równoważnych. Po pierwsze, zgodnie z punktami 1.10-1.14 (pisownia oryginalna) niniejszego odwołania, wykonawca Golden Line przekazał przedmiotowe środki dowodowe, które rzekomo miałyby potwierdzać spełnienie wymogów określonych przez zamawiającego w zakresie dostarczanych rozwiązań równoważnych, jednocześnie składając dokument, który nie potwierdza prawidłowego przeprowadzenia wymaganego badania. W związku z tym, u zamawiającego mogło powstać (i powstało – czego wynikiem jest wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę - Golden Line) wrażenie, że oferowane produkty spełniają wymogi określone przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, powyższe oznacza, że Golden Line miał na celu wpłynięcie na decyzję podejmowaną przez zamawiającego – doprowadzenie do uznania, że produkty oferowane przez Golden Line spełniają wymogi określone przez zamawiającego (choć miał lub powinien mieć wiedzę dotyczącą nieprawidłowego przeprowadzenia testów, a w konsekwencji niemożności uznania, że oferowane rozwiązanie równoważne jest zgodne z wymogami określonymi przez zamawiającego). Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „Przyjęcie innego stanowiska prowadziłoby do sytuacji niedającej się pogodzić z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego wykonawcy, w której wykonawca mógłby bezkarnie przedstawiać informacje wprowadzające w błąd na temat swojej przeszłości kontraktowej (zatajając określone fakty), licząc na to, że nawet jeśli zamawiający posiada o nich wiedzę, to i tak będzie zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy z wnioskami o wyjaśnienia w zakresie przyczyn tych problemów. Taka sytuacja byłaby nieakceptowalna z perspektywy całego systemu zamówień publicznych, oznaczałaby ona wręcz przyzwoleństwo na podawanie przez wykonawców nieprawdziwych informacji. Przy tym podstawa eliminacji odwołującego z postępowania, czyli art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., systemowo pełni także rolę prewencyjną, jego celem jest nie tylko wykluczenie nierzetelnych wykonawców, ale również zapewnienie, że wykonawcy nie będą zachęceni przez zbyt pobłażliwe normy prawne do usiłowania wprowadzenia w błąd zamawiającego, z ewentualną opcją na „poprawę” czy „pełniejsze wyjaśnienie” swojego działania w przypadku, gdy ich zachowanie zostanie wykryte.” (wyrok KIO z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt KIO 449/22).

Odwołujący podkreślił, że Golden Line zobowiązany był do dochowania należytej, przynależnej profesjonalistom staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu, a oceny jego postępowania dokonuje się przez pryzmat

zawodowego charakteru działalności, co wynika wprost z art. 355 § 2 KC. Wzorzec należytej staranności nakłada na Golden Line, który złożył w postępowaniu ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, bowiem miały lub mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Jeżeli Golden Line nie był pewien lub miał wątpliwości, jak powinien postąpić w danej sytuacji, dla zachowania należytej staranności

powinien postąpić z zachowaniem odpowiedniej ostrożności, nie zaś przyjmować interpretację niekoniecznie prawidłową, ale dla siebie korzystną. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, a także oświadczenia i podmiotowe środki dowodowe, we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego. Jak już podkreślono w niniejszym orzeczeniu, Odwołujący nie zweryfikowali informacji przedstawionych w Wykazie osób lub też uważali, że informacje nie odpowiadające rzeczywistości nie zostaną przez Zamawiającego zauważone, bądź też zweryfikowane. W konsekwencji uznać należało, iż ziściły się wszystkie przesłanki implikujące konieczność wykluczenia Wykonawców ujęte w art.109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp” (wyrok KIO z dnia 18.05.2023 r., sygn. akt KIO 1167/22).

Odwołujący zatem podniósł, iż przedstawiając niepełne lub nieprawdziwe informacje, Golden Line wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie przesłanek spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tożsamy sposób Golden Line przedłożył przedmiotowe środki dowodowe, które nie mogły zostać w prawidłowy sposób przygotowane – analiza bowiem ich treści prowadzi do absurdalnych wniosków lub też nie jest możliwa do spełnienia lub nie ma potwierdzenia w rzeczywistości. Dotyczy to, m.in. zakresu przeprowadzonych testów (dni, liczba wydrukowanych stron, zakres pracy drukarek) czy w ogóle użytych drukarek do testów. Gdyby zamawiający zweryfikował, w sposób szczegółowy, przekazywane przez wykonawcę Golden Line informacje zawarte w przedstawionych sprawozdaniach, musiałby dojść do wniosku, że przedstawione tam informacje są nieprawdziwe. A to, wedle twierdzeń odwołującego, w linii prostej winno prowadzić do wykluczenia Golden Line z postępowania na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „Przesłanka wprowadzenia w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Istotna w przypadku tej przesłanki jest sama treść przedstawionej zamawiającemu informacji i to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy to wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło” (KIO 778/23).

W ocenie odwołującego właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie – na podstawie przedstawionych, nieprawdziwych informacji, zamawiający został wprowadzony w błąd co do spełnienia przez oferowane przez Golden Line rozwiązania równoważne warunków określonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Odwołujący argumentując zarzut z pkt 4, wskazał iż zgodnie z treścią przepisu art. 18 ust.1 Pzp, jedną z naczelných zasad zamówień publicznych jest jawność postępowania. Wyjątek od tej zasady został wskazany w treści przepisu art. 18 ust. 3 Pzp – tajemnica przedsiębiorstwa. Jawność postępowania służy też realizacji pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych. Trudno bowiem o zagwarantowanie zasady przejrzystości czy uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, które w określonej części nie jest jawne. Zasada ta ma więc charakter fundamentalny, a odstępstwa od niej możliwe są wyłącznie na zasadzie wyjątku, co wynika wprost z przepisu art. 18 ust. 2 Pzp, stanowiącego, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, „Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad w systemie zamówień publicznych, a co za tym idzie ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych Pzp. Przypadki te nie mogą być interpretowane rozszerzająco, zgodnie z zasadą wykładni prawa *exceptiones non sunt extentandae*” (wyrok KIO z dnia 2 lutego 2022 r., sygn.

akt KIO 29/22). W innym wyroku KIO podkreśliła, że „ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeganie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia

wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę” (wyrok KIO z dnia 17

stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3762/21).

Odnosząc się do nieskuteczności zastrzeżenia informacji i dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazać należy na brak odpowiedniego wyjaśnienia i udowodnienia istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „kwestia poparcia zastrzeżenia dowodami ma niewątpliwie, niezwykle istotne znaczenie dla oceny skutecznego wykazania przez wykonawcę posiadania przez określone informację waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać, że wykonawca dokonał wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń, a przedstawienie tego rodzaju dowodów nie stanowiło dla wykonawcy żadnych trudności - tak jest w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności” (wyrok KIO z dnia 31 marca 2022 r., sygn. akt KIO 674/22).

Odwołujący podkreślił, iż w niniejszej sprawie, do wyjaśnień złożonych przez Praxis nie został złożony żaden dowód mający potwierdzać, że dane informacje stanowią rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa. Już tylko z samego tego faktu wynika to, że nie została spełniona przesłanka możliwości zastrzeżenia dokumentów i informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazana w przepisie art. 18 ust. 3 Pzp, gdyż Praxis nie udowodnił zamawiającemu (nie poparł argumentacji dowodami), że dane dokumenty i informacje powinny korzystać z wyłączenia jawności postępowania. Po drugie, wyjaśnienia te w swojej treści są niezwykle lakoniczne. Jeżeli w ocenie wykonawcy ww. informacje mają istotne znaczenie gospodarcze, nie było przeszkód, aby dokonać zastrzeżenia tajemnicy jedynie odnośnie do tych informacji. Nie są one w żadnym razie podstawą do zastrzeżenia całości dokumentów. Uzasadnienie zawiera jedynie ogólnikowe (a przez to bezskuteczne) stwierdzenia, iż są to informacje podlegające ochronie. Dodatkowo, uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jest wprost sprzeczne z dokumentami w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego. Nie jest prawdą bowiem, że (ad. 1. złożonych wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa) takich informacji się nie ujawnia. Jest wprost przeciwnie zarówno odwołujący, jak i wykonawca Golden Line nie zastrzegli takich informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo, wykonawca Praxis nie wskazuje konkretnie, które to informacje miałyby stanowić o jego przewadze konkurencyjnej (np. w zakresie procesu produkcji) – w związku z czym zasługiwałyby na uznanie ich za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W raportach nie ma żadnych takich informacji – co więcej, wskazują one tylko na badanie zaferowanego tuszu lub tonera na zgodność z normą.

Odwołujący dalej stwierdził, iż takie raporty, w tym również raporty składane dla produktów oferowanych przez Guangzhou Createch Group Polska Sp. z o. o. są dostępne dla odwołującego (jest w ich posiadaniu). Nie stanowi to w żadnym wypadku zatem tajemnicy przedsiębiorstwa – gdyż przy posiadaniu takich informacji przez odwołującego (ale nie tylko – bo praktycznie każdy uczestnik przedmiotowego rynku jest w posiadaniu raportów konkurencji) nie można mówić o jakiegokolwiek tajemnicy czy braku posiadania wiedzy przez uczestników rynku. Dodatkowo, KIO zajmowała się już tożsamymi sprawami i nakazywała odtajnienie zastrzeganych raportów, np. w sprawie KIO 869/23, gdzie wprost w stosunku do Praxis KIO podtrzymała decyzję zamawiającego o odtajnieniu zastrzeżonych przez Praxis informacji (oddaliła odwołanie Praxis w tym zakresie). KIO w tym wyroku wskazała, że „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 jakiegokolwiek argumentacji dowodzącej poufności ww. elementu, który jest istotny, bowiem Zamawiający 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 jakiegokolwiek 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 posiadać i wdrożyć, aby móc skutecznie produkować materiały eksploatacyjne lub inny know how dotyczący produkcji.(...)”

Odwołujący argumentował, iż z samych tylko tych okoliczności, zamawiający nie miał uprawnienia do stwierdzenia, że dokumenty i informacje winny stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślił również iż „wykazanie to coś więcej niż uzasadnienie – wykazanie to udowodnienie. Przyjmując ustalony przez ustawodawcę sposób

dowodzenia, określony przepisem art. 534 ust. 1 Pzp (strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne), wykonawca, który powołuje określone okoliczności winien je udowodnić. Ogólne twierdzenia o przyjętych założeniach, możliwych, hipotetycznych sytuacjach, czy wreszcie przekonanie wykonawcy o słuszności dokonania takiej czynności nie może stanowić nawet próby wykazania. Wykonawca winien szczegółowo opisać związek przyczynowo-skutkowy, który charakteryzuje daną okoliczność z powołaniem dowodów potwierdzających zasadność takiego postępowania" (wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3724/21). Dlatego też, zamawiający winien odtajnić dokumenty zastrzeżone przez Praxis jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego, odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 maja 2024 r.

W dniu 13 maja 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę Golden Lines spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pisma procesowego przystępującego oraz dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego, zamawiającego i przystępującego na rozprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji postępowanie, pn.: „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, urządzeń wielofunkcyjnych, faksów oraz papieru xero w 2024 r.”

Zamawiający w Rozdziale XIV Opis sposobu przygotowania oferty ust.2 pkt 8 i 9 pkt. 5 SWZ dopuścił możliwość zaoferowania przez wykonawców materiałów równoważnych i wskazał:”

Ponadto w załączniku nr 1 do SWZ, który stanowi Opis przedmiotu zamówienia (dalej zwany: „OPZ”) zamawiający zawarł następujące informacje dotyczące materiałów równoważnych: „

- 2.Zamawiający informuje, że dopuszcza składanie ofert na materiały eksploatacyjne (ME) równoważne. Pod tym pojęciem Zamawiający rozumie ME takie, które są kompatybilne ze sprzętem, do którego ME są zamawiane, o parametrach takich samych lub lepszych (pojemność tonera, wydajność, jakość wydruku) w stosunku do oryginału produkowanego przez producenta urządzenia. Przez odpowiednią jakość Zamawiający rozumie bezawaryjną, bezproblemową pracę materiałów eksploatacyjnych w urządzeniu drukującym. Przez odpowiednią wydajność, Zamawiający rozumie zdolność materiału do wydrukowania odpowiedniej ilości stron wydruku o odpowiednim pokryciu procentowym nadrukiem na kartce A-4, nie z odpowiednią przyczepnością barwnika (rozmazywanie) i równomiernością pokrycia. Oferowane materiały eksploatacyjne muszą być w całości fabrycznie nowe.
- 3.Pod pojęciem „fabrycznie nowe” zamawiający rozumie produkty wykonane z elementów i mechanizmów fabrycznie nowych, które są odpowiedzialne za sprawne działanie i jakość wydruku (te elementy to np. wszelkie czujniki, bębny światłoczułe, listwy zbierające, wszelkie walki i zębatki robocze, uszczelki, moduły dysz, moduły-chipy sygnalizujące stopień zużycia materiału eksploatacyjnego czy termin ważności itp.).
- 4.Ilekroć w niniejszej umowie jest mowa o materiałach eksploatacyjnych z podaniem znaków towarowych, patentów, nazw własnych lub pochodzenia, to przyjmuje się, że wskazaniom takim towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Oznaczenia i nazwy własne materiałów eksploatacyjnych służą wyłącznie do opisania minimalnych parametrów

technicznych, które powinny spełniać te produkty, wskazaniu standardu jakościowego.

5. Przez materiały równoważne rozumie się zamienniki oryginałów charakteryzujące się pełną kompatybilnością z urządzeniami, w których mają być użytkowane, parametry produktów równoważnych posiadać muszą parametry takie same bądź lepsze

t.j. pojemność tuszu/tonera, wydajność i jakość wydruku w stosunku do oryginału w zakresie jakości wydruku. Materiały równoważne również fabrycznie nowe.(...)

11. Wykonawca gwarantuje, że w przypadku oferowania produktów równoważnych do wymaganych przez Zamawiającego materiały eksploatacyjne, po ich zainstalowaniu w urządzeniu, na monitorze oraz panelu kontrolnym urządzenia nie mogą się pojawiać żadne negatywne komunikaty (np. produkt nie sygnalizuje we właściwy sposób stanu zużycia tuszu/tonera lub pokazuje komunikaty o nieoryginalności zastosowanego materiału). W przypadku, gdy produkt oryginalny posiada wbudowany układ scalony, który monitoruje proces druku i zużycie atramentu/tonera, produkt równoważny musi posiadać analogiczny element. Produkt nie spełniający tego wymogu będzie obligatoryjnie zgłaszany do wymiany na spełniający wymagania."

Izba ustaliła, iż w złożonych ofertach zarówno odwołujący jak i Praxis część swojej oferty utajnili zastrzegając, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Praxis w uzasadnieniu zastrzeżenia niejawności dokumentów wskazał, iż zastrzega niejawnosć dokumentów – raport z testów według wskazanych norm, ponieważ zawierają informację posiadającą wartość gospodarczą w rozumieniu zapisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) – dalej zwana UZNK i w związku z art. 18 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych(tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem i w związku z tym nie może być udostępniany osobom trzecim.

W postępowaniu wpłynęły 4 oferty, w tym oferta odwołującego i przystępującego. W dniu 17 kwietnia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej ofert w postępowaniu. W zakresie części I i II jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę przystępującego.

Izba zważyła co następuje.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez zamawiającego, odpowiadając na pytanie, czy zamawiający przez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu lub przez zaniechanie czynności,

do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym, w ocenie Izby, zamawiający nie naruszył przepisów Prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty na ww. podstawie musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty z warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia, którym zamawiający daje wyraz w dokumentacji postępowania. Zamawiający posiada uprawnienie, aby odrzucić ofertę, jednakże w pierwszej kolejności zobowiązany jest on przeprowadzić porównanie treści złożonej oferty do wszystkich warunków zamówienia, które określił, zgodnie z tym co stanowi cel zamówienia. Stanowią one merytoryczne oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Trzeba mieć również na uwadze, że odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty.

Izba podziela pogląd odwołującego, że gdyby zamawiający zawarł umowę z przystępującym to w ramach pozycji 11 zamiast toneru w kolorze żółtym dostałby toner o kolorze magenta. Jednakże nie ma to żadnego wpływu, na zawartość merytoryczną oferty, ponieważ wówczas z pozycji 12 zamawiający dostałby zamiast toneru w kolorze

magenta - toner w kolorze żółtym. Istotne przy tym jest również to, iż zamówienie jest realizowane w sposób jednorazowy i cały asortyment zamawiający dostaje w formie jednorazowej dostawy. Tym samym skład orzekający nie uznał za zadaną argumentację odwołującego, iż zaoferowanie w dwóch pozycjach tonerów o innych kolorach niż wymaga tego zamawiający musi prowadzić do uznania, iż przedmiot świadczenia zaoferowany przez przystępującego jest odmienny, niż pożądał i wzmagał tego zamawiający. Dodatkowo nie sposób w tym miejscu wspomnieć, że w poz. 12 i 11 ilość tonerów jest identyczna, a cena dla tych dwóch pozycji zaproponowana przez przystępującego jest taka sama. Tak więc reasumując zamawiający otrzyma to czego wymagał w ofercie, a doszło jedynie do zamiany dwóch sąsiadujących ze sobą pozycji w formularzu cenowym. Trzeba mieć na uwadze, jak już to zostało powyżej wspomniane, iż nie można eliminować z postępowania ofert, co do zasady merytorycznie poprawnych, z powodu błahych niezamierzonych błędów nie wpływających na możliwość poprawnego wykonania zamówienia. Przenosząc to na kanwę niniejszego postępowania właśnie mamy odczynienia z taką sytuacją. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że w tym przypadku Zamawiający nie mógłby odrzucać oferty przystępującego, gdyż z całą stanowczością w tym przypadku mamy odczynienia z błahym powodem nie wpływającym na treść złożonej oferty. Nie może podlegać odrzuceniu oferta obciążona nieistotnymi uchybieniami, pozwalająca jednak na prawidłowe, zgodne z oczekiwaniami zamawiającego wykonanie zamówienia.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) PZP – część 2, Izba uwzględniając postanowienia SWZ dotyczące wymagań równoważności również stoi na stanowisku, iż zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący w uzasadnieniu tego zarzutu przed wszystkim wskazywał, że „Sprawozdanie nr 32-WD/2022” przedstawione przez przystępującego na spełnienie wymogów określonych przez zamawiającego, nie potwierdza, że zaoferowany równoważony produkt „Golden Line WD E460X11E nie spełnia ostatecznie tych wymagań, gdyż produkt ten nie został w prawidłowy sposób przebadany. Dlatego też nie jest możliwe ustalenie, że zaoferowany produkt jest równoważnym rozwiązaniem dla rozwiązania referencyjnego.

Twierdzenie odwołującego nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, odwołujący nie przedstawił także żadnego dowodu, na podstawie którego tak wywodził. Ciężar dowodu odnośnie tego zarzutu spoczywał na odwołującym, jako na stronie wywodzącej skutki prawne z powoływanych faktów. W ocenie składu orzekającego odwołujący temu ciężarowi nie sprostął, a jego argumentacja sprowadzała się do gołosłownych twierdzeń, które nie znalazły potwierdzenia w treści przepisów ustawy Pzp i dokumentacji postępowania.

Zamawiający w postanowieniach SWZ określi, że wykonawca, który zaoferuje materiały eksploatacyjne równoważne zobowiązany jest dołączyć do oferty dokumenty potwierdzające równoważność z produktem oryginalnym. Przystępujący zgodnie z tym, dostarczył zamawiającemu „Sprawozdanie nr 32-WD/2022” wykonane przez Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, które posiada akredytację w zakresie badania produktów pod kątem spełnienia wskazanych przez zamawiającego norm oraz mający siedzibę w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego, a mianowicie Polskie Centrum Akredytacji (PCA). W sprawozdaniu tym wskazane jest, że badanie zostało wykonane zgodnie z normą ISO/IEC 19752:2017. Ostatnim zaś warunkiem jakiego wymagał zamawiający był to, iż raporty z badań nie mogą być wystawione z datą wcześniejszą niż 16.01 2017 r.

Przedstawione przez przystępującego „Sprawozdanie nr 32-WD/2022” wszystkie te warunki spełnia. Ponadto w sprawozdaniu jest wskazane że przedmiotem badania jest toner „WD E460X11E” do monochromatycznych drukarek elektrograficznych (laserowych). W sprawozdaniu jest wskazane również, że do testów użyto drukarek Lexmark E460dn i Lexmark E260. Tym samym już na tej podstawie można stwierdzić, że skoro test został wykonany na drukarce Lexmark E260 i wykorzystano toner „WD E460X11E” to oznacza, że właśnie ten toner jest kompatybilny z tą wskazaną drukarką. Z zawartych tam wniosków nie wynika, że drukarka Lexmark e260 nie obsługuje tuszy „WD E460X11E”.

Zdaniem Izby argumentacja odwołującego polegająca na stwierdzeniu, że zgodnie z informacją producenta Lexmark, drukarka Lexmark e260 nie obsługuje tuszu „WDE460X11E” nie dowodzi twierdzeń, że produkt zaoferowany przez przystępującego nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego jako rozwiązań równoważnych, gdyż nie został on w prawidłowy sposób przebadany – zatem nie jest możliwe ustalenie, że oferowany produkt jest rozwiązaniem równoważnym dla rozwiązania referencyjnego.

W zakresie tego zarzutu to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu odnośnie tego zarzutu jako na stronie wywodzącej skutki prawne ze stwierdzonych faktów. W ocenie składu orzekającego odwołujący temu ciężarowi nie sprostął. Jego argumentacja sprowadzała się do gołosłownych twierdzeń i nieistotnych dowodów. Na rozprawie odwołujący wskazał, że nawet jeśli fizycznie toner będzie do drukarki pasował, to technologicznie nie będzie taki toner dla tej drukarki odpowiedni. Odwołujący podkreślił, iż produkt zaproponowany przez przystępującego nie spełnia warunku referencyjności, ponieważ nie spełnia warunków technologicznych. Jednakże i w tym zakresie odwołujący nie przedstawił

żadnych dowodów, które mogłyby poprzeć jego twierdzenia. Jakich mogłoby to dotyczyć warunków technologicznych i w jakim zakresie? Tego odwołujący nie wykazał.

Ponadto, również z karty katalogowej tonera „WD E460X11E” wynika, że toner ten jest kompatybilny m.in. z drukarkami Lexmark E260, Lexmark E260d, czy Lexmark E260dn. Izba podziela argumentację przystępującego, że produkty zamiennie mają większą kompatybilność z poszczególnymi drukarkami niż produkty oryginalne i jest standardową sytuacją na rynku związaną z tonerami.

Z analizy normy ISO/IEC 1952:2017 nie wynika, że konieczność testowania oryginalnego produktu, a jedynie produktu badanego jako zamiennego do oryginału. Przedmiotem badania przez Laboratorium były tonery równoważne, która są kompatybilne z urządzeniami wskazanymi w badaniu, a badania zostały przeprowadzone na tych drukarkach, które zostały wskazane w sprawozdaniu.

Konkludując, stanowisko odwołującego nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, odwołujący nie przedstawił także żadnego dowodu, na podstawie którego by wywodził, że test dla tonera „WD E460X11E” nie mógłby być prawidłowo przeprowadzony przy użyciu drukarki Lexmark.

Odwołując się do zarzutu z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp dotyczący przekazania przez przystępującego przedmiotowych środków dowodowe, które rzekomo miałyby potwierdzać spełnienie wymogów określonych przez zamawiającego w zakresie dostarczanych rozwiązań równoważnych, a jednocześnie składając dokument, który nie potwierdza prawidłowego przeprowadzenia wymaganego badania. W związku z tym, u zamawiającego mogło powstać (i powstało – wrażenie, że oferowane produkty spełniają wymogi określone przez zamawiającego. Izba również w zakresie tego zarzutu wskazuje, że należy go uznać za niezasadny.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż przystępujący przedłożył przedmiotowe środki dowodowe, które nie mogły zostać w prawidłowy sposób przygotowane – analiza bowiem ich treści prowadzi do absurdalnych wniosków lub też nie jest możliwa do spełnienia lub nie ma potwierdzenia w rzeczywistości. Dotyczy to, m.in. zakresu przeprowadzonych testów (dni, liczba wydrukowanych stron, zakres pracy drukarek) i czy w ogóle użytych tych drukarek do testów.

Na potwierdzenie swoich wywodów odwołujący przedstawił dowód – tj: „Informacja techniczna dla firmy Netprint s.c. J. Wasiela, B. Szostak dotycząca urządzenia P6230CDN o nr seryjnym RCD2137342” z dnia 16.05. 2024 r. wykonaną przez Arcus Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej zwana: „informacją techniczną”). Podmiot ten zgodnie z oświadczeniem przystępującego jest autoryzowanym serwisem firmy Kyocera. Izba nie dała wiary temu dowodowi, gdyż nie jest to dokument, który był wymagany przez zamawiającego, czy informacje, które zawiera były pożądane przez zamawiającego, który mógł potwierdzić w jakikolwiek sposób wymagania równoważności dla wymaganych produktów. Informacja techniczna nie zawiera w sobie równoważnej treści do „Sprawozdania nr 11-WD/2022”, które próbował podważyć odwołujący. Są to dwa różne dokumenty o zupełnie innej zawartości, wskazujące na inny zakres merytoryczny.

Sprawozdanie zostało wykonane przez certyfikowane laboratorium zgodnie z wymaganymi normami. Badanie było przeprowadzone w odpowiednich laboratoryjnych warunkach i było przeprowadzone na 3 drukarkach. Należy również podkreślić, iż w dostarczonej przez odwołującego informacji technicznej jest wskazane, że klient (odwołujący) dostarczył urządzenie celem potwierdzenia przebiegu, zgodności nr seryjnego oraz weryfikacji rejestru zdarzeń zawężonych do odczytu logów tonerów odnotowanych przez urządzenie. Próżno szukać tam informacji, które by potwierdzały, że treści zawarta w „Sprawozdaniu 11-WD/22” są nieprawdziwe.

Twierdzenie odwołującego, że test nie zostały przeprowadzone, a jeśli zostały wykonane to zostały wykonane nie właściwie, nie znalazły potwierdzenia w przedstawionych przez odwołującego dowodach. Izba pragnie w tym miejscu przytoczyć, iż kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to odwołującego.

Mając na uwadze przedłożony materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że nie została spełniona nawet przesłanka art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, gdyż uniwersalną obroną i przez to *a priori* eliminującą możliwość kwalifikacji postępowania przystępującego poprzez omawianą normę, jest stwierdzenie, że podane przez niego informacje są prawdziwe, więc stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać. Skoro przystępujący nie złożył zamawiającemu nieprawdziwych informacji związanych z tym, że oferowane przez niego zamienniki spełniają wymogi określone przez zamawiającego dla rozwiązań równoważnych to nie mogło dojść do wprowadzenia zamawiającego w błąd, a żadna decyzja zamawiającego, nie mogłaby być inna niż wybór oferty wykonawcy spełniającej omawiane wymogi dla rozwiązań równoważnych.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego zaniechania odtajnienia informacji i dokumentów zarezerwowanych przez Praxis jako tajemnic przedsiębiorstwa, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było dokonanie czynności odtajnienia tychże informacji, Izba i w tym zakresie doszła do przekonania, iż zarzut ten jest pozbawiony racji.

Art. 18 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (ust. 1). Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2). 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy PZP (ust. 3).

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że 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. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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.

Na wstępie Izba podkreśla, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest naczelną zasadą systemu zamówień publicznych w Polsce, której normatywnie źródło stanowi art. 18 ust. 1 ustawy PZP. Jawność postępowania przetargowego jest gwarancją jego transparentności zarówno w odniesieniu do czynności zamawiającego, jak i wykonawców, ponieważ każdy podmiot gospodarczy, który zdecydował się na wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien liczyć się z tym, że dokumenty przez niego składane w toku przetargu i informacje o nim przekazywane zamawiającemu będą podlegały ujawnieniu na wniosek zainteresowanych podmiotów. W dalszej kolejności trzeba zauważyć, że ograniczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić tylko w drodze wyjątku i tylko w uzasadnionych przypadkach przewidzianych przepisami prawa. Jednym z takich zasadniczych wyjątków jest potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, do których odnoszą się art. 18 ust. 3 ustawy PZP

i art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który powołuje się na tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, powinien wykazać zamawiającemu, że zastrzegane przez niego informacje mają charakter informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji, które posiadają dla niego wartość gospodarczą, a 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. Jednocześnie wykonawca powinien wykazać, że jako podmiot uprawniony do korzystania z tych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Co ważne, zainteresowany wykonawca już w momencie przekazania zamawiającemu informacji i dokumentów, których ochrony i utajnienia żąda, powinien złożyć stosowne zastrzeżenie. Z kolei ocena spełnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być każdorazowo dokonywana indywidualnie i uwzględniać wszystkie mające znaczenie okoliczności konkretnego przypadku.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie zamawiający nie naruszył przepisu art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp, i zamawiający w sposób uprawniony zaniechał ujawnienia wyjaśnień Praxis. W uzasadnieniu zastrzeżenia niejawności dokumentów Praxis wskazał dlaczego podjął takie kroki i czym to było podyktowane. Wskazał, iż producent umożliwił posłużenie się zastrzeżonymi dokumentami w niniejszym postępowaniu pod warunkiem zachowania statusu niejawności pod sankcją kar finansowych w przypadku ich upublicznienia. Udostępnianie dokumentów zawierających informacje dotyczące oferowanych produktów wyłącznie partnerom handlowym i zapobieżenie wykorzystywaniu ich przez podmioty nieuprawnione. Wskazał ponadto, iż odtajnienie przedmiotowych dokumentów stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, ponieważ pozwoliłoby to konkurencji na poznanie informacji nieznanej, której są zainteresowane ze względu na charakter prowadzonej działalności. Dokumenty te stanowią źródło zysków oraz wskazują na informacje, procedury i technologie jakie należy powziąć, aby wdrożyć w celu udowodnienia równoważności materiałów. Umożliwiają konkurowanie z nimi co jest wymierną wartością gospodarczą dla każdego producenta produktów równoważnych. Ponadto know-how ma rzeczywistą wartość handlową więc bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może powodować szkody dla interesów producenta, który sprawuje nad nimi kontrolę.

Ponadto Praxis wykazał, iż dla firmy produkującej i posiadającej wyłączność na dystrybucję produktów zaofiarowanej marki, która w całości sfinansowała badania wydajności, raporty z testów mają niewątpliwie wartość gospodarczą a ograniczenie ich rozpowszechniania zachęca firmę handlową do dokonywania zakupów w autoryzowanej sieci dystrybucyjnej. Poprzez nie ujawnianie tych informacji do wiadomości publicznej i zobowiązanie partnerów handlowych do zastrzegania niejawności spełniony został drugi warunek, dotyczący podjęcia działań w celu zachowania poufności tych materiałów. Przedmiotowe dokumenty nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości, nie ma żadnej technicznej możliwości do pozyskania treści tych dokumentów, do której można by dotrzeć w ramach procedury uzyskania informacji publicznej. Producent powziął wszelkie kroki, aby dokumenty te nie miały statusu jawności. Umowa poufności została zawarta pomiędzy Guangzhou Createch Group Polska Sp. z o. o., a firmą Praxis, która w swojej treści zawiera informację o przedmiocie poufności. Przedmiotowe dokumenty nigdy nie były i nie są ujawniane do wiadomości publicznej, a udostępniając je zamawiającym w ramach procedury przetargowej zastrzegana jest ich niejawność.

W ocenie Izby było to wystarczające dla uznania, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób prawidłowy i skuteczny. Wobec tego nie można czynić zamawiającemu zarzutów, iż ten poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia innym wykonawcom dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Praxis dopuścił się naruszenia przepisów ustawy.

Izba podziela pogląd odwołującego, w zakresie argumentacji zamawiającego, że skoro zamawiający nie przychylił się do dwukrotnego wniosku Praxis w zakresie uchylenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec odwołującego to postąpił prawidłowo nie ujawniając tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej przez Praxis. Działanie zamawiającego w tym zakresie powinno opierać się na przesłankach ustawowych, które wskazują kiedy tajemnica przedsiębiorstwa może być właściwie zastrzeżona. Jednak fakt ten nie ma rozstrzygającego znaczenia, jest wręcz irrelevantny wobec powyższych rozważań.

Zważywszy na powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: