

WYROK
z dnia 4 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **Energy Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Zakrzewie, ul. Graniczna 64, 62-070 Dopiewo** w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.P.H.U. PROSPER Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Będzińska 15, 41-200 Sosnowiec; F.H.U. ELIOT J.L. z siedzibą w Krakowie, ul. Pachońskiego 9, 31-223 Kraków; ENERGO-MARKET ZET Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kryształowa 1/3, 33-100 Tarnów; RUTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Św. Rocha 175, 42-200 Częstochowa i SEGAS.G. Spółka Jawna z siedzibą w miejscowości Łosiów, ul. Główna 21, 49-330 Łosiów**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Energy Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Zakrzewie, ul. Graniczna 64, 62-070 Dopiewo** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Energy Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Zakrzewie, ul. Graniczna 64,**

62-070 Dopiewo tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.P.H.U. PROSPER Sp. z o.o.**

z siedzibą w Sosnowcu, ul. Będzińska 15, 41-200 Sosnowiec; F.H.U. ELIOT J.L. z siedzibą w Krakowie, ul. Pachońskiego 9, 31-223 Kraków; ENERGO-MARKET ZET Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kryształowa 1/3, 33-100 Tarnów; RUTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Św. Rocha 175, 42-200 Częstochowa i SEGAS.G. Spółka Jawna z siedzibą

w miejscowości Łosiów, ul. Główna 21, 49-330 Łosiów tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. zasądza od wykonawcy **Energy Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Zakrzewie,**

ul. Graniczna 64, 62-070 Dopiewo na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.P.H.U. PROSPER Sp. z o.o. z siedzibą**

w Sosnowcu, ul. Będzińska 15, 41-200 Sosnowiec; F.H.U. ELIOT J.L. z siedzibą w Krakowie, ul. Pachońskiego 9, 31-223 Kraków; ENERGO-MARKET ZET Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kryształowa 1/3, 33-100 Tarnów; RUTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Św. Rocha 175, 42-200 Częstochowa i SEGAS.G. Spółka Jawna z siedzibą

w miejscowości Łosiów, ul. Główna 21, 49-330 Łosiów kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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:

Uzasadnienie

TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa osprzętu do linii napowietrznych nN i SN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.”. Postępowanie prowadzone jest z podziałem na pięć części.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia

16 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 156-499755.

W dniu 13 grudnia 2023 r. (pismem z dnia 12 grudnia 2023 r.) wykonawca Energy Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Zakrzewie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy czynność Zamawiającego oraz zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegające na:

- 1.czynności uznania pismem z dnia 6 grudnia 2023 r., że informacje zawarte w dokumentach załączonych do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, F.H.U. ELIOT J.L. z siedzibą w Krakowie, ENERGO-MARKET ZET sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, RUTEX sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie i SEGA S.G. Spółka Jawna z siedzibą w miejscowości Łosiów, zwanych dalej „konsorcjum PROSPER”, o których udostępnienie Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 23 listopada 2023 r., zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 2.zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu dokumentów załączonych do oferty konsorcjum PROSPER, o których udostępnienie Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 23 listopada 2023 r.,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz w związku art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez niewłaściwą ocenę treści przedstawionego przez konsorcjum PROSPER uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów załączonych do oferty i w konsekwencji niezasadne zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów, o które zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 23 listopada 2023 r. mimo, że konsorcjum PROSPER nie wykazało, że dokumenty objęte zastrzeżeniem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był do ich odtajnienia,
- 2.art. 16 pkt 1 w związku z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp - poprzez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców wyrażające się z jednej strony w odmowie uznania skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego tajemnicy dokumentów załączonych do oferty, przy jednoczesnym uznaniu za skuteczne zastrzeżenia przez konsorcjum PROSPER takiego samego rodzaju dokumentów (raportów z badań i certyfikatów zgodności), mimo że większość argumentów przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odtajnieniu dokumentów Odwołującego odnosiła się również do dokumentacji zastrzeżonej przez konsorcjum PROSPER.

Odwołujący wniósł o:

- 1.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności uznania za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach załączonych do oferty konsorcjum PROSPER, o których udostępnienie Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 23 listopada 2023 r.,
- 2.nakazanie Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu informacji oraz dokumentów załączonych do oferty konsorcjum PROSPER w zakresie:
 - 1)załączonych do oferty konsorcjum ELIOT raportów z badań dla produktów firmy PLP Poland (Belos) oferowanych w pozycji 2/3 i 2/4,
 - 2)załączonych do oferty konsorcjum PROSPER certyfikatów dla produktów firmy Ensto Pol oferowanych w pozycji 2/5 i 2/6,
 - 3)załączonych do oferty konsorcjum PROSPER certyfikatów, ewentualnie raportów z badań w całości bądź jedynie ich pierwszych stron jeżeli w takiej formie zostały załączone do oferty, dla produktów firmy UAB AIZ oferowanych przez Konsorcjum w pozycjach 2/11 - 2/14,
 - 4)podpisanego porozumienia, o którym mowa w załączonym do oferty konsorcjum PROSPER uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa na stronie 2, w wersji 22 oraz na stronie 3 w wersji 23, zawartego pomiędzy konsorcjum PROSPER, a producentami Sicame, Ensto Pol, PLP Poland (Belos), AIZ UAB, ewentualnie również ALPAR, których dokumenty zostały sklasyfikowane przez konsorcjum PROSPER jako tajemnica przedsiębiorstwa,
 - 5)załączników do - dołączonego do oferty konsorcjum PROSPER uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - pisma spółki Sicame Polska sp. z o.o. z dnia 19 września 2023 r. obejmujących: zarządzenie wewnętrzne, Procedurę - Obieg dokumentacji objętej klauzulą poufności oraz wyciągi z umów o pracę, NDA i potwierdzenia zabezpieczenia katalogu danych na serwerze Sicame Polska Sp. z o.o.,
- 3.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego - według norm prawem przepisanych,
- 4.przeprowadzenie dowodu z całej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa osprzętu do linii napowietrznych nN i SN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.” nr postępowania: PZP/TD-CN/04585/2023, w tym w szczególności w celu ustalenia, że konsorcjum ELIOT dla asortymentu z pozycji 2/3 - 2/6 zaoferowało takie same produkty co spółka ASAJ sp. z o.o., przy czym raporty z badań dotyczące produktów oferowanych w pozycji nr 2/3 i 2/4 (sprawozdanie z badań BEL/LAB/TT/46/2012 i protokół z badań nr 01/2006) oraz certyfikaty dotyczące pozycji nr 2/5 i 2/6 (certyfikat

FI/40443/A2 i certyfikat FI 40921) zostały ujawnione w ofercie tego ostatniego wykonawcy (nie zastrzeżono ich poufności).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że na realizację dostaw objętych częścią drugą przedmiotu zamówienia dla zadania pn. „Osprzęt do linii napowietrznych nieizolowanych (gołych) nN” ofertę złożył m. in. Odwołujący oraz konsorcjum PROSPER. Obaj wykonawcy wraz ze złożeniem ofert poinformowali Zamawiającego, że część załączonych do nich dokumentów stanowi część niejawną, zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zastrzegła, że nie mogą one być udostępnione innym osobom. Zarówno Odwołujący oraz konsorcjum PROSPER zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa takie same rodzaje dokumentów, tj. raporty z badań, certyfikaty zgodności produktów.

Pismem z dnia 15 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odmowie uznania dokumentów załączonych do jego oferty za skutecznie objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na to, że Odwołujący – w ocenie Zamawiającego - nie wykazał, że raporty z badań oraz certyfikaty zgodności przekazane w części niejawnej oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał, że nie jest wystarczające samo oświadczenie wykonawcy o istnieniu podstaw do objęcia dokumentów zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, ale konieczne jest dodatkowo przedłożenie dowodów na poparcie takich twierdzeń. Jednocześnie Zamawiający zakwestionował przedstawione przez Odwołującego uzasadnienie posiadania przez dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wartości gospodarczej. Jego zdaniem sam fakt, iż pozyskanie przez Odwołującego raportów oraz certyfikatów wiązało się z odpłatnym wykonaniem badań lub przeprowadzeniem procesu certyfikacji w jednostce zewnętrznej bądź alokacji czasu i zasobów własnych laboratoriów fabrycznych, nie wystarcza do wykazania, że dokumenty te przedstawiają wartość gospodarczą, ponieważ z przedstawionego uzasadnienia nie wynika jaka jest to konkretnie wartość ani z czego ona wynika.

W dniu 23 listopada 2023 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów przedłożonych przez konsorcjum PROSPER wraz z ofertą w zakresie:

- 1) załączonych do oferty konsorcjum PROSPER raportów z badań dla produktów firmy BELOS PL oferowanych w poz. 2/3 i 2/4,
- 2) załączonych do oferty konsorcjum PROSPER certyfikatów dla produktów firmy ENSTO oferowanych w poz. 2/5 i 2/6,
- 3) załączonych do oferty konsorcjum PROSPER certyfikatów, ewentualnie raportów z badań w całości bądź jedynie ich pierwszych stron, jeżeli w takiej formie zostały załączone do oferty dla produktów firmy AIZ oferowanych przez konsorcjum w poz. 2/11 — 2/14, 4) podpisanego porozumienia, o którym mowa w załączonym do oferty konsorcjum ELIOT w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa na stronie 2, w wersji 22 oraz na stronie 3 w wersji 23, zawartego pomiędzy konsorcjum PROSPER, a producentami SICAME, BELOS-PLP, AIZ, ewentualnie również ALPAR, których dokumenty zostały sklasyfikowane przez konsorcjum PROSPER jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz
- 5) załączników do dołączonego do oferty konsorcjum PROSPER uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawionego przez firmę Sicame Polska sp. z o.o., obejmujących zarządzenie wewnętrzne, Procedurę - Obieg dokumentacji objętej klauzulą poufności oraz wyciągi z umów o pracę, NDA i potwierdzenia zabezpieczenia katalogu danych na serwerze Sicame Polska Sp. z o.o.

Odwołujący szczegółowo uzasadnił wniosek o udostępnienie dokumentów konsorcjum PROSPER, podkreślając że większość argumentów przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odtajnieniu dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego ma zastosowanie również do dokumentacji przedłożonej przez konsorcjum PROSPER.

Pismem z dnia 6 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o uznaniu dokumentów załączonych do oferty konsorcjum PROSPER za skutecznie objętych zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa i w konsekwencji niesłuszne zaniechanie udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu oraz odmówił uwzględnienia wniosku z dnia 23 listopada 2023 r. o ich udostępnienie. Ta czynność Zamawiającego jest niezgodna z art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, a ponadto narusza zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp). Konsorcjum PROSPER nie zastrzegło bowiem skutecznie tajemnicy przedsiębiorstwa załączonych do oferty dokumentów, których udostępnienia domaga się Odwołujący.

Konsorcjum PROSPER składając zastrzeżenie, że załączone do oferty certyfikaty zgodności produktu oraz raporty z badań nie mogą być udostępniane powołało się nie na potrzebę ochrony własnej tajemnicy przedsiębiorstwa tylko tajemnicy przedsiębiorstwa producentów oferowanych produktów, tj. Ensto Pol spółka z o.o., Sicame Polska sp. z o.o., PLP Poland (Belos) S.A. oraz UAB AIZ sp. z o.o. O ile takie działanie można uznać za dopuszczalne na gruncie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który przewiduje, że „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”, nie rozróżniając czy chodzi o przedsiębiorstwo samego wykonawcy czy innej osoby współpracującej z wykonawcą, o tyle nie zwalnia ono wykonawcy z obowiązku wykazania łącznego spełnienia wszystkich przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Analizując przedłożone przez konsorcjum PROSPER uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz poszczególne dołączone do niego załączniki należy stwierdzić, że z żadnego z tych dokumentów nie wynika podstawa do przyjęcia, że wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W dokumencie zat.

„Uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa” konsorcjum PROSPER podało, że „udostępnione nam w oparciu o podpisane porozumienie Dokumenty niosą za sobą dla producentów wartość gospodarczą znacznych rozmiarów, zaś Konsorcjum zobowiązało się do objęcia Dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa i nieudostępniania ich podmiotom trzecim, z wyjątkiem Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu, ujawnienie przedmiotowych Dokumentów będzie stało w sprzeczności z zobowiązaniami co do utrzymania Dokumentów w tajemnicy przyjętymi w drodze zawartego porozumienia (...)” - nie przedstawiając jednak w części jawnej oferty tekstu porozumienia zawartego z producentami (bądź wyciągu z porozumienia) ani nie wykazując, że samo porozumienie również stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W istocie zabieg konsorcjum PROSPER polegający na utajnieniu w całości porozumienia na podstawie, którego miało zobowiązać się wobec producentów oferowanych produktów do zachowania poufności zmierza do obejścia wynikającego z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zakazu odrębnego zastrzegania jako zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa samego dokumentu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, który powinien przedstawiać argumenty i dowody przemawiające za uznaniem konkretnych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Tak np. wyrok Izby z dnia 23 listopada 2018 r., sygn. KIO 2314/18. Powyższy pogląd należy odnieść również do porozumienia zawartego z producentami produktów, ponieważ w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum PROSPER kilkakrotnie odwołuje się do jego postanowień, co powoduje, że porozumienie to stanowi w rzeczywistości integralną część wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wprawdzie konsorcjum PROSPER do uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączyło oświadczenia producentów oferowanych produktów mające wskazywać na poufny charakter raportów z badań oraz certyfikatów zgodności, jednak dokumenty te co najwyżej mogą zostać potraktowane jako źródło wiedzy o podejmowanych przez tych producentów środkach w celu ochrony własnych tajemnic. Próżno w nich natomiast szukać informacji o działaniach podejmowanych przez samo konsorcjum PROSPER w celu utrzymania w poufności dokumentów otrzymanych od producentów. Konsorcjum PROSPER zupełnie nie wykazało ziszczenia przesłanki formalnej uznania danych za tajemnicę przedsiębiorstwa jaką jest podjęcie przez uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika jakie czynności lub środki bezpieczeństwa zostały podjęte przez konsorcjum PROSPER oraz każdego z jego członków z osobna w celu zachowania określonej informacji w poufności. Tymczasem konsorcjum PROSPER zobowiązane było do wykazania własnych działań (faktycznych lub prawnych) podejmowanych w celu zachowania w poufności dokumentów otrzymanych od producentów produktów.

Nieskuteczność dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spowodowana jest też brakiem wykazania przez konsorcjum PROSPER, aby utajnione dokumenty posiadały wartość gospodarczą. Przedłożone przez konsorcjum PROSPER uzasadnienie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji stanowi skróconą wersję przedstawionego tym zakresie uzasadnienia przez spółkę Sicame Polska sp. z o.o. (jednego z czterech producentów, których produkt zaoferowało Konsorcjum) i opiera się na ogólnikowych stwierdzeniach zawierających przypuszczenia, a nie konkretny fakty, na przykład: „...ujawnienie może spowodować dla Konsorcjum konieczność zapłaty odszkodowania...”, „... członkowie Konsorcjum mogłyby

być oferowane gorsze niż obecnie warunki współpracy/kontraktowe...”, „...może spowodować utratę, a co najmniej pogorszenie pozycji konkurencyjnej...”, „...spowodowałby z ogromnym prawdopodobieństwem zerwanie relacji biznesowych z producentem. mógłby zacząć być postrzegany na rynku jako nierzetelny...”, „... mogłyby być oferowane gorsze niż obecnie warunki współpracy/kontraktowe...”, „... spowoduje trudne do określenia szkody reputacyjne ...”. Skoro jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 15 listopada 2023 r. o odtajnieniu dokumentacji Odwołującego zdaniem Zamawiającego „Wykazanie wartości gospodarczej, w tym wartości ekonomicznej i podnoszonej przez stronę możliwości wykorzystania przez konkurencję, musi mieć walor obiektywny, to w przypadku uzasadnienia przedstawionego przez konsorcjum PROSPER przesłanka ta ewidentnie nie została spełniona. Jako rzekomą wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji w odniesieniu do każdego zaoferowanego produktu, konsorcjum PROSPER podało kwotę 0,9 mln złotych twierdząc, że „...Z przekazanych nam przez producentów informacji wynika, że upatrują wartości gospodarcze udostępnionych Konsorcjum Informacji Zastrzeżonych na poziomie przekraczającym 0,9 mln złotych dla każdego produktu...”. Stwierdzenie to błędnie sugeruje, że wszyscy czterej producenci (Ensto Pol spółka z o.o., Sicame Polska sp. z o.o., PLP Poland (Belos) S.A. i UAB AIZ) w ten sposób oszacowali wartość zastrzeżonych informacji dotyczących swoich produktów i udowodnili swoje twierdzenia, co jest niezgodne z treścią pism tych producentów załączonych do uzasadnienia konsorcjum PROSPER. Źródłem podanej kwoty jest jedynie deklaratoryjna wartość podana przez spółkę Sicame Polska sp. z o.o. Załączone do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pismo Sicame Polska sp. z o.o. przytacza tę wartość w sposób abstrakcyjny, bez przedstawienia jakichkolwiek dowodów potwierdzających jej wysokość. Już sam ten fakt sprawia, że wymagane wykazania (udowodnienia) wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji nie jest spełnione i sporne dokumenty powinny zostać udostępnione. Ponadto, przypisywanie wartości gospodarczej deklarowanej przez spółkę Sicame Polska sp. z o.o. w odniesieniu do swoich produktów, informacjom dotyczącym każdego z produktów oferowanych w części drugiej przedmiotu zamówienia jest całkowicie nieuprawnione, ponieważ w zadaniu tym konsorcjum PROSPER nie oferuje wyrobów spółki Sicame Polska sp.

z o.o. Z kolei załączone do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pismo spółki Ensto Pol sp. z o.o. nie wskazuje konkretnej wartości w odniesieniu do każdego produktu. Natomiast w przypadku zastrzeżonych dokumentów dotyczących wyrobów spółki PLP Poland (Belos) S.A. i UAB AIZ, całkowicie brakuje wyraźnego wskazania jaka jest wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji i z czego ona wynika. Fakt ten powinien stanowić zatem dla Zamawiającego podstawę do podjęcia decyzji co najmniej o odtajnieniu wszystkich zastrzeżonych przez konsorcjum PROSPER dokumentów załączonych do oferty na realizację zadania numer dwa, a dotyczących wyrobów spółek Ensto Pol, PLP Poland (Belos) i UAB AIZ. Dla wykazania wartości gospodarczej nie jest również wystarczające stwierdzenie, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji wynika też z kosztów poniesionych w celu pozyskania dokumentów (m.in. koszty wykonania badań, koszty raportów, certyfikatów, itp.). W tym zakresie ponownie można odwołać się do stanowiska samego Zamawiającego, który w piśmie z dnia 15 listopada 2023 r. dotyczącym odtajnienia dokumentów Odwołującego wskazał, że „Tak sformułowany argument nie stanowi o możliwości objęcia informacji w zakresie certyfikatów i wyników badań tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż sam fakt odpłatności za pozyskanie od producenta dokumentu składanego Zamawiającemu nie przesądza a priori o jego wartości gospodarczej dla Wykonawcy, w kontekście udostępniania jego treści”. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 15 maja 2023 r., sygn. KIO 1195/23.

Okoliczność, że producenci, których produkty zaoferowało konsorcjum PROSPER (Ensto Pol, Sicame Polska, PLP Poland (Belos) i UAB AIZ) ponieśli koszty badań, które są wymagane dla wykazania równoważności materiałów eksploatacyjnych w przetargach publicznych nie ma znaczenia dla uznania, że informacje zawarte w raportach czy certyfikatach zgodności, mają wartość gospodarczą z tego powodu, że pozostają poufne. Na podstawie przedstawionego przez konsorcjum PROSPER uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób ustalić jakiegokolwiek wartości gospodarczej wynikającej z utrzymania raportów czy certyfikatów w poufności. W istocie rzeczy konsorcjum PROSPER w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie podnosi, że zastrzeżenie w poufności informacji zawartych w raportach oraz certyfikatach przedstawia jakakolwiek wartość gospodarcza dla samego konsorcjum PROSPER, odnosząc się w zasadzie jedynie do interesu producentów produktów (tak np. wyrok Izby z dnia 20 kwietnia 2023 r. sygn. KIO 869/23).

Wadliwość czynności Zamawiającego wyraża się również w akceptacji zastrzeżenia przez konsorcjum PROSPER jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści raportów z badań oraz certyfikatów w sytuacji, gdy w orzecznictwie Izby negatywnie ocenia się praktykę polegającą na zastrzeganiu przez wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości dokumentów bądź załączników, np. wyrok Izby z dnia 27 marca 2023 r., sygn. KIO 674/23, w którym wskazano, że „ochroną poufności co do zasady powinny być objęte poszczególne informacje czy też dane, co do których Wykonawca winien następnie wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w świetle przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy ZNKU. Wskazać należy, iż Wykonawca zastrzegający całościowo dokumenty musi liczyć się z tym, że w przypadku uznania bezzasadności takiego działania odtajnieniu będą podlegały informacje w szerszym zakresie niż gdyby Wykonawca działał z należytą starannością”. Zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdzenie, że „nie jest możliwe częściowe udostępnienie danych zawartych w „Dokumentach”, gdyż są ze sobą powiązane i wzajemnie od siebie zależne” jest nieprzekonywujące i nie odpowiada charakterowi zastrzeżonych przez konsorcjum PROSPER dokumentów. W zakresie certyfikatów zgodności produktu należy wskazać, że nie są to dokumenty pochodzące od samych producentów oferowanych produktów tylko od podmiotu trzeciego, tzw. jednostki certyfikującej. Dokumenty te nie zawierają informacji o charakterze technicznym lub technologicznym. Stwierdza się w nich, że dana technologia przedstawiona do oceny spełnia wymagania określone w normie oraz kryterium technicznym oceny wyrobu oraz że certyfikat jest dowodem zatwierdzenia technologii do użytku. Na jego podstawie nie sposób stwierdzić jakie rozwiązanie jest stosowane przez danego producenta. Jedyną informacją jaka wynika z certyfikatu to zgodność ocenianego rozwiązania z przywołaną normą. Nie sposób zgodzić się z konsorcjum PROSPER, że sam fakt posiadania certyfikatu - czyli powzięcie wiedzy przez konkurentów, jakiego rodzaju świadectwami zgodności produktu dysponuje konsorcjum PROSPER - może przełożyć się na „utrąte przychodów” czy „uniemożliwić uzyskanie kolejnych zamówień”. Zgodnie z postanowieniami SWZ wykonawcy powinni przedłożyć dowody na możliwość zastosowania oferowanego produktu do linii napowietrznych nN i SN, których operatorem jest Zamawiający. W postanowieniach SWZ jest wskazane, że dowodem takim mogą być certyfikaty lub deklaracje zgodności. Posiadanie certyfikatu nie jest więc niczym wyjątkowym, a wręcz przeciwnie - poddanie ocenie zewnętrznej rozwiązania w celu ustalenia, że może być ono stosowane w liniach napowietrznych Zamawiającego jest jednym ze sposobów spełnienia wymagania SWZ. Fakt posiadania certyfikatu nie niesie żadnej informacji, której posiadanie zmieniałoby sytuację producentów konsorcjum PROSPER w odniesieniu do konkurentów. Certyfikat nie może być też uznany za zawierający informacje, które w przypadku ich ujawnienia przyniosłyby uszczerbek przedsiębiorcy. Dokument certyfikatu informuje jedynie o tym, że pewna technologia nadaje się do zastosowania w sieciach niskiego i średniego napięcia. Konsorcjum PROSPER nie wykazało jaką wartość gospodarczą posiada treść certyfikatu potwierdzająca zgodność z powszechnie stosowaną i odpowiednią do przedmiotu zamówienia normą.

Podobnie rzecz przedstawia się z raportami z badań. Należy zauważyć, że w punkcie 3.7.2.3 SWZ, który dotyczy asortymentu części drugiej przedmiotu zamówienia („Osprzęt do linii napowietrznych niez izolowanych (gołych) nN”), Zamawiający wymaga przedstawienia alternatywnie certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności z pierwszą stroną

raportu z badań typu umożliwiającą identyfikację odnośnie zgodności z jaką normą przebadano uchwyty, zaciski i złączki. Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 2 o wyjaśnienie treści SWZ z 12 września 2023 r. Zamawiający określił wymagania dotyczące właściwości podmiotu wystawiającego raport z badań. Z punktu widzenia weryfikacji zgodności dokumentacji załączonej do oferty z wymaganiami SWZ nie są więc istotne informacje techniczne przedstawione w raporcie z badań, tylko identyfikacja według jakiej normy zostały przeprowadzone badania oraz podmiotu, który je wykonał (ewentualnie daty ich przeprowadzenia umożliwiające potwierdzenie akredytacji). Z reguły taka informacja podana jest w części wstępnej raportu, najczęściej na pierwszej stronie. Treść minimalna raportów jest bowiem ustandaryzowana i zawiera takie informacje jak: dane jednostki, która sporządziła raport, dane zleceniodawcy, tj. producenta lub dostawcy, podanie wymagań/norm, identyfikacja wyrobu, dla którego raport sporządzono, datę wydania i podpis jednostki wydającej raport (np. wyrok Izby z dnia 20 kwietnia 2023 r., sygn. KIO 869/23). Odtajnienie tych informacji jest więc możliwe bez ujawniania szczegółów dotyczących samych badań i ich wyników. W przedstawionym przez konsorcjum PROSPER uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy brak jest zresztą jakichkolwiek informacji o potrzebie utajnienia wskazanych wyżej informacji. Nie było zatem obiektywnych przeszkód, aby konsorcjum PROSPER zastrzegło poufność jedynie części raportów, udostępniając zarazem wyciąg z nich zawierający informacje według jakiej normy zostały przeprowadzone badania oraz o podmiocie, który je wykonał. Nie było także przeszkód, żeby Zamawiający wezwał konsorcjum PROSPER do przesłania takiego wyciągu z raportu i tym samym rozdzielenia go na część jawną i niejawną. Powyższe argumenty przemawiające za niezasadnością „całościowego” zastrzeżenia dokumentów odnieść należy także do informacji zawartych w dokumentach, których odtajnienia odwołujący dochodzi w punkcie 2.4 - 2.5 wniosków odwołania.

Odwołujący podniósł także, że z uwagi na fakt, iż Zamawiający zaskarżoną czynnością utajnił i odmówił udostępnienia kilku różnego rodzaju dokumentów (raportów z badań, certyfikatów zgodności produktu, porozumienia o zachowaniu poufności, dokumentów mających potwierdzać podjęcie przez producenta działań w celu utrzymania informacji w poufności) i to pochodzących od różnych podmiotów (Ensto Pol spółka z o.o., Sicame Polska sp. z o.o., PLP Poland (Belos) S.A. oraz UAB AIZ), Odwołujący przedstawia dodatkowe uzasadnienie zarzutów w odniesieniu do poszczególnych informacji oraz dokumentów, których odtajnienia domaga się.

W zakresie dokumentów, których odtajnienia Odwołujący domaga się w punkcie 2.1 - 2.2 wniosków odwołania (raportów z badań dla produktów firmy PLP Poland (Belos) oferowanych w pozycji nr 2/3 i 2/4 oraz certyfikatów dla produktów firmy Ensto Pol oferowanych w pozycji nr 2/5 i 2/6) Odwołujący podniósł, że konsorcjum PROSPER zaoferowało takie same produkty co spółka ASAJ sp. z o.o. (inny wykonawca, który również złożył ofertę na realizację części drugiej przedmiotu zamówienia) w pozycjach nr 2/3 - 2/6, przy czym raporty z badań dotyczące produktów oferowanych w pozycji nr 2/3 i 2/4 (sprawozdanie z badań BEL/LAB/TT/46/2012 i protokół z badań nr 01/2006) oraz certyfikaty dotyczące pozycji nr 2/5 i 2/6 (certyfikat FI/40443/A2 i certyfikat FI 40921) zostały ujawnione w ofercie tego ostatniego wykonawcy (nie zastrzeżono ich poufności). Jeżeli informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez konsorcjum PROSPER obejmują takie same dokumenty, a najprawdopodobniej tak właśnie jest, to w ich przypadku nie została spełniona materialnoprawna przesłanka uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa dotycząca nieujawnienia do wiadomości publicznej. W związku z powyższym raporty z badań dla produktów firmy PLP Poland (Belos) oferowanych w pozycji nr 2/3 i 2/4 oraz certyfikaty dla produktów firmy Ensto Pol oferowanych w pozycji nr 2/5 i 2/6 nie powinny zostać uznane za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zostać udostępnione odwołującemu.

W zakresie żądania udostępnienia certyfikatów, ewentualnie raportów z badań dla produktów firmy UAB AIZ oferowanych przez konsorcjum PROSPER w pozycjach nr 2/11 - 2/14 Odwołujący wskazał, że wykonawca nie przedstawił uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji związanych z produktami tej firmy. Inaczej niż w przypadku pozostałych trzech producentów (Sicame Polska, PLP Poland (Belos) i Ensto Pol) do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum PROSPER nie załączyło pisma od spółki UAB AIZ dotyczącego poufnego charakteru przekazanych certyfikatów zgodności lub raportów z badań. Brak jest więc jakichkolwiek dowodów na to, że certyfikaty lub raporty z badań dotyczące produktów UAB AIZ nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej ani że UAB AIZ jako producent wyrobów podjął działania w celu zapewnienia poufności zawartych w tych dokumentach informacji. Nie tylko nie wykazano, ale nawet nie określono ponadto wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji odnoszących się do spółki UAB AIZ ani z czego ona miałaby wynikać. Zgodnie z natomiast z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Konieczne jest zatem wykazanie, rozumiane jako udowodnienie, swoich twierdzeń o tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym o wartości gospodarczej danej informacji. Zgodnie z stanowiskiem piśmiennictwa, aby zastrzeżenie tajemnicy było skuteczne, musi zostać wykazane przez wykonawcę, że spełnione zostały łącznie przesłanki o charakterze formalnym nakazujące wykazanie, iż zastrzeżona informacja faktycznie nie została ujawniona do wiadomości publicznej, przy czym wykonawca zobligowany jest wskazać na konkretne działania, jakie podjął w celu ochrony poufności danej informacji, jak również przesłanki o charakterze materialnym pozwalające na stwierdzenie, że informacja, którą wykonawca stara się chronić, ma walor techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny, przy czym wykazane musi zostać, że dana informacja posiada

wartość gospodarczą. W odniesieniu do dokumentów dotyczących produktów firmy UAB AIZ, żadna z powyższych przesłanek nie została spełniona. Powinny zatem zostać one udostępnione przez zamawiającego.

Odnosnie żądania udostępnienia dokumentu, o którym mowa w punkcie 2.4 wniosków odwołania Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum PROSPER powołuje się na zawarcie porozumienia z producentami zaoferowanych wyrobów (zob. strona 2, wers 22 oraz strona 3, wers 23 uzasadnienia z dnia 19 września 2023 r.). Dokumentu porozumienia brak jest w jawnej części oferty, w związku z czym należy założyć, że także został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie przedstawiono jednakże dowodów na spełnienie przez porozumienie o zachowaniu poufności zawarte z producentami wszystkich wymaganych przesłanek do uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa. Co prawda konsorcjum PROSPER w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oświadczyło, że sam tekst porozumienia stanowi również dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, niemniej twierdzenia w tym zakresie mają charakter ogólny i nie są poparte żadnymi dowodami, w szczególności odnośnie wartości gospodarczej tego dokumentu. Zgodnie z informacją podaną przez konsorcjum PROSPER w części wstępnej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, uzasadnienie dotyczy jedynie „certyfikatów zgodności produktu - rozumianych jako dokument końcowy, tj. kopia lub wydruk dokumentu, będących własnością producentów oferowanych produktów i/lub raportów z prób/badań typu, będących własnością producentów oferowanych produktów”. W przypadku dokumentu „porozumienia” nie wykazano natomiast, że kwalifikuje się do objęcia go również zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie określono wartości gospodarczej podanych w nim informacji (konsorcjum PROSPER powołuje się ogólnie na koszty opracowania porozumienia, nie podając jednak ich wysokości, co akurat w przypadku takiego dokumentu nie powinno być trudne). Brak jest również dowodów potwierdzających taką wartość. Samo twierdzenie, że konsorcjum PROSPER zawarło jedno porozumienie o zachowaniu poufności z kilkoma producentami (co sugeruje treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) jest też mało wiarygodne, ponieważ oznaczałoby, że producenci wyrobów, których dokumentacja została zastrzeżona, tj.: Sicame Polska, Ensto Pol, PLP Poland (Belos), UAB AIZ i ewentualnie Alpar, przygotowali wspólnie porozumienie, które zostało podpisane przez konsorcjum PROSPER. Najprawdopodobniej również w tym przypadku, podobnie jak w zakresie szacowania wartości gospodarczej raportów z badań oraz certyfikatów, rozszerzono na wszystkich producentów okoliczności związane z relacjami tylko z jednym (Sicame Polska) bądź niektórymi z nich. Nie można zatem stwierdzić, że zostały spełnione łącznie wszystkie przesłanki wymagane przez ustawodawcę w celu zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa spornego porozumienia o zachowaniu poufności, a co za tym idzie dokument ten również powinien zostać udostępniony.

W zakresie żądania odtajnienia dokumentów wymienionych w punkcie 2.5 wniosków odwołania zwrócenia uwagi wymaga, że w dołączonym do przedłożonego przez konsorcjum PROSPER uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa piśmie spółki Sicame Polska sp. z o.o. wskazano na istnienie załączników w postaci: zarządzenia wewnętrznego, Procedury - Obiegu dokumentacji objętej klauzulą poufności oraz wyciągów z umów o pracę, NDA, potwierdzenia zabezpieczenia katalogu danych na serwerze Sicame Polska sp. z o.o., które nie zostały jednak przekazane w części jawnej oferty. Takie działanie nie jest zasadne, ponieważ w odniesieniu do tych dokumentów nie została wykazana (udowodniona) wartość gospodarcza. Aby zastrzeżenie tajemnicy było skuteczne, niezbędne jest wykazanie, że dana informacja posiada wartość gospodarczą. Konieczne jest więc udowodnienie swoich twierdzeń o tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym o wartości gospodarczej danej informacji, czego nie uczyniono w piśmie spółki Sicame Polska Sp. z o.o., stanowiącym załącznik do uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez konsorcjum PROSPER. W odniesieniu do zarządzenia wewnętrznego, Procedury - Obiegu dokumentacji objętej klauzulą poufności, wyciągów z umów o pracę, NDA oraz potwierdzenia zabezpieczenia katalogu danych na serwerze Sicame Polska sp. z o.o. wartość taka nie została określona. Rozważania zawarte w piśmie Sicame Polska sp. z o.o. poświęcone oszacowaniu wartości gospodarczej „przekraczającej circa 0,9 mln złotych dla każdego produktu ujętego w ofercie”, dotyczą certyfikatów zgodności oraz raportów z prób/badań typu. W odniesieniu natomiast do zarządzenia wewnętrznego, Procedury - Obiegu dokumentacji objętej klauzulą poufności, wyciągów z umów o pracę, NDA oraz potwierdzenia zabezpieczenia katalogu danych na serwerze Sicame Polska sp. z o.o. pismo ogranicza się do ogólnikowego stwierdzenia, że „posiadają one określoną wartość gospodarczą, ich potencjalne ujawnienie może sprzyjać naruszeniom bezpieczeństwa informacji, poszukiwaniu przez konkurencję sposobów obejścia stosowanych u Wykonawcy zabezpieczeń, obejścia wykorzystywanych środków prawnych i organizacyjnych zapewniających poufność informacji w strukturze Wykonawcy, co może prowadzić do poniesienia przez Wykonawcę szkody”.

Cytując stanowisko samego Zamawiającego zawarte w decyzji z dnia 15 listopada 2023 r. o odtajnieniu dokumentów Odwołującego można zarzucić, że w piśmie Sicame Polska sp. z o.o. „nie padają żadne kwoty”. Brak również jakichkolwiek dowodów potwierdzających wartość gospodarczą dokumentów wewnętrznych, na które powołuje się spółka Sicame Polska sp. z o.o. Z tych względów dokumenty załączone do pisma Sicame Polska sp. z o.o. także powinny zostać przez Zamawiającego udostępnione.

Reasumując Odwołujący podniósł, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów załączonych do oferty konsorcjum PROSPER, o których udostępnienie Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 23 listopada 2023 r., jest nieskuteczne, ponieważ nie wykazano łącznego spełnienia wszystkich przesłanek, od których w art.

11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji uwarunkowano możliwość uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający odmawiając ich udostępnienia Odwołującemu naruszył przepis art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Zaskarżona czynność Zamawiającego sprzeczna jest zarazem z zasadą równego traktowania wykonawców, albowiem większość argumentów przedstawionych przez Zamawiającego w motywach decyzji z 15 listopada 2023 r. o odtajnieniu raportów z badań oraz certyfikatów zgodności załączonych do oferty Odwołującego można odnieść również do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez Izby, sądów powszechnych oraz sądów administracyjnych, odwołuje się do subiektywnego, a nie obiektywnego przekonania wykonawcy, że zastrzeżone informacje posiadają wartość oferty najkorzystniejszej (na przykład w wyniku uwzględnienia odwołania innego wykonawcy przez zamawiającego bądź na mocy orzeczenia Izby), to po ponownej ocenie ofert zaskarżenie przez Odwołującego odmowy udostępnienia dokumentów nastąpiłoby z już uchybieniem terminu, a w konsekwencji odwołanie podlegałoby odrzuceniu (np. orzeczenie Izby z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. KIO 3220/21). Z kolei zgodnie z tym co przedstawiono powyżej zaniechanie udostępniania dokumentów pozbawia Odwołującego, a co najmniej znacznie ogranicza możliwość ich weryfikacji pod kątem oceny istnienia przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty konsorcjum PROSPER.

Zamawiający informację o odwołaniu przesłał do Wykonawców za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON w dniu 13 grudnia 2023 r.

W dniu 18 grudnia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SICAME Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 18 grudnia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, F.H.U. ELIOT J.L. z siedzibą w Krakowie, ENERGO-MARKET ZET sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, RUTEX sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie i SEGA S.G. Spółka Jawna z siedzibą w miejscowości Łosiów zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 18 grudnia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ENSTO POL Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 21 grudnia 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

W dniu 23 grudnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, F.H.U. ELIOT J.L. z siedzibą w Krakowie, ENERGO-MARKET ZET sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, RUTEX sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie i SEGA S.G. Spółka Jawna z siedzibą w miejscowości Łosiów oraz wykonawca SICAME Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosili sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

W dniu 27 grudnia 2023 r. wykonawca ENSTO POL Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie złożył pismo, w którym oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Jednocześnie dodał, że na wypadek wniesienia sprzeciwu przez innego przystępującego w niniejszej sprawie popiera stanowisko wyrażone w przystąpieniu przeciwko treści wniesionego odwołania.

W dniu 28 grudnia 2023 r. Odwołujący złożył pismo, w którym wniósł o uznanie zgłoszenia przystąpienia wykonawcy SICAME Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i wykonawcy ENSTO POL Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie za nieskuteczne.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, F.H.U. ELIOT J.L. z siedzibą w Krakowie, ENERGO-MARKET ZET sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, RUTEX sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie i SEGA S.G. Spółka Jawna z siedzibą w miejscowości Łosiów oraz wykonawca SICAME

Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Przystępującym” lub „konsorcjum PROSPER”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia ENSTO POL Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie oraz SICAME Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Podmioty te nie złożyły ofert dla zadania nr 2. Dlatego też Izba uznała, że nie przysługuje im prawo do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, o którym mowa art. 525 ustawy Pzp, gdyż nie mają one statusu wykonawcy.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowany przez Przystępującego i załączony do złożonego w dniu 3 stycznia 2024 r. pisma procesowego dowód – wyciąg z wyłącznej umowy dystrybucji zawartej pomiędzy AIZ (Wilno, Litwa) a SICAME Polska Sp. z o.o.

Odwołujący cofnął wniosek o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji oraz dokumentów załączonych do oferty konsorcjum PROSPER w zakresie punktu 2 ppkt 4) i 5), tj. „podpisanego porozumienia, o którym mowa w załączonym do oferty konsorcjum PROSPER uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa na stronie 2, w wersji 22 oraz na stronie 3 w wersji 23, zawartego pomiędzy konsorcjum PROSPER, a producentami Sicame, Ensto Pol, PLP Poland (Belos), AIZ UAB, ewentualnie również ALPAR, których dokumenty zostały sklasyfikowane przez konsorcjum PROSPER jako tajemnica przedsiębiorstwa” (ppkt 4) i „załączników do - dołączonego do oferty konsorcjum PROSPER uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - pisma spółki Sicame Polska sp. z o.o. z dnia 19 września 2023 r. obejmujących: zarządzenie wewnętrzne, Procedurę - Obieg dokumentacji objętej klauzulą poufności oraz wyciągi z umów o pracę, NDA i potwierdzenia zabezpieczenia katalogu danych na serwerze Sicame Polska Sp. z o.o.” (ppkt 5).

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz w związku art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez niewłaściwą ocenę treści przedstawionego przez konsorcjum PROSPER uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów załączonych do oferty

i w konsekwencji niezasadne zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów, o które zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 23 listopada 2023 r. mimo, że konsorcjum PROSPER nie wykazało, że dokumenty objęte zastrzeżeniem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był do ich odtajnienia (zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Konsorcjum PROSPER do oferty złożyło m.in.: pięć raportów z badań (udostępnionych przez SICAME), dwa certyfikaty (udostępnione przez ENSTO) oraz raport z badań udostępniony przez BELOS-PLP, które to dokumenty zastrzeżono jako zawierające tajemnice przedsiębiorstwa, załączając „uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa”, w treści którego wskazało, że „zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy ZNK następujące części oferty:

- 1.certyfikaty zgodności produktu – rozumiane jako dokument końcowy, tj. kopia lub wydruk dokumentu, będące własnością producentów oferowanych produktów.
- 2.i/lub raporty/badań typu, będące własnością producentów oferowanych produktów.”.

W załączeniu do zastrzeżenia konsorcjum PROSPER złożyło Oświadczenie ENSTO z dnia 15.09.2023 r., Oświadczenie PLP Poland (Belos) S.A. z dnia 11 września 2023 r. oraz Wyjaśnienia nt. objęcia klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” sicame Polska z dnia 19.09.2023 r. Odwołujący w dniu 23 listopada 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów przedłożonych przez konsorcjum PROSPER wraz z ofertą.

Pismem z dnia 6 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o uznaniu dokumentów załączonych do ofert konsorcjum PROSPER za skutecznie objętych zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa i w konsekwencji niestuszne zaniechanie udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu, odmawiając uwzględnienia złożonego przez Odwołującego wniosku o ich udostępnienie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stanowi, że:

„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”.

Z kolei art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że „załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, (...) – przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu”.

Oznacza to brak możliwości ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy czym warunkiem ograniczenia dostępu do tych informacji jest odpowiednie zachowanie wykonawcy. Wykonawca musi bowiem zastrzec wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, że informacje te nie mogą być udostępniane, jak również wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powinien więc wykazać, że „zastrzeżone zostały informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne 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,

a wykonawca jako uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął działania mające na celu zachowanie ich poufności.”.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że konsorcjum PROSPER wykazało zasadność zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykazując w złożonym „uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa”, że spełniają one przesłanki opisane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Informacje te, a w tym przypadku ich zbiór, mają niewątpliwie charakter techniczny, technologiczny, gdyż dotyczą – jak wskazał wykonawca – know-how producentów dotyczących oferowanych przez konsorcjum produktów, ich technologii i właściwości. Ich producenci, będący wyłącznymi właścicielami złożonych przez konsorcjum dokumentów, ponieśli wysokie koszty związane z ich uzyskaniem, a ponieważ składają się one na ich know-how to są udostępniane wyłącznie pod określonymi warunkami dla potrzeb konkretnych postępowań przetargowych

Informacje te mają dla wykonawcy wartość gospodarczą, gdyż – jak podkreślał Przystępujący na rozprawie – są one wynikiem indywidualnych negocjacji prowadzonych przez konsorcjum (grupę małych firm – hurtowni wchodzących w skład konsorcjum) a ich ujawnienie mogłoby pozbawić konsorcjum nie tylko potencjalnych zysków, konkurencyjnych cen, rabatów, a to w konsekwencji mogłoby spowodować utratę kontrahentów i zachwiać jego pozycją na rynku tego rodzaju dostaw. Co więcej konsorcjum poniosłoby wysokie koszty odszkodowawcze - co wprost wynika ze stanowisk SICAME, ENSTO i BELOZ. Na dowód czego konsorcjum złożyło stanowiska producentów i przedstawicieli producentów. Jeśli zaś chodzi o produkty UAB AIZ w ich treści wskazano na obowiązek uzyskania zgody na ich kopiowanie a co za tym idzie rozpowszechnianie. Informacje te będące informacjami handlowymi, gdyż dotyczą zindywidualizowanej współpracy, posiadają wartość gospodarczą co wykonawca w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wykazał, przedkładając wyciąg z umowy z tym podmiotem. Podkreślić przy tym także należy, że „dla małego przedsiębiorcy będzie inna wartość (zarówno majątkowa, jak i niemajątkowa, np. informacje, których ujawnienie wpłynąć może na renomę przedsiębiorcy), dla dużego – inna. Zapewne jednak w każdym przypadku należy przykładać do takich ocen miernik obiektywny, pamiętając, że nawet „niewielka wartość” jest jednak wartością.” (E. Nowińska, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2008) Tak więc dokonując oceny wartości gospodarczej aspekt ten należy wziąć pod uwagę i w tym przypadku uznać, że przesłanka ta została wykazana. Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa mają bowiem „wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, który podjął kroki w celu utajnienia tych danych.” (NSA z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt II GSK/WA 3487/15), a konsorcjum takie działania niewątpliwie podjęło.

Spełniona została także kolejna przesłanka. Informacje zastrzeżone przez konsorcjum i udostępnione konsorcjum w takim zbiorze, są ze sobą powiązane i wzajemnie od siebie zależne, nie są powszechnie znane i nie można ich uzyskać. Nie są bowiem znane podmiotom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane ich posiadaniem. Informacje te dostępne są wyłącznie dla wyselekcjonowanej grupy zaufanych i doświadczonych pracowników i współpracowników członków konsorcjum. Oznacza to, że podjęto działania w celu zachowania ich poufności a ustalenie czy wykonawca podjął odpowiednie działania mające na celu utrzymanie określonych informacji w poufności, powinna być dokonywana przez pryzmat wymaganej od niego należytej staranności. „Odpowiedni poziom tej staranności powinien być oceniany z uwzględnieniem przede wszystkim sytuacji określonego wykonawcy, w szczególności formy i skali prowadzonej przez niego działalności, specyfiki rynku i przedmiotu zamówienia oraz charakteru zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji” (Prawo zamówień publicznych, komentarz, M.

Jaworska, Warszawa 2021, s. 107). Tak więc mając na uwadze charakter działalności należy uznać, że okoliczność tę wykonawca (konsorcjum) wykazał. W skład konsorcjum – jak podkreślał pełnomocnik Przystępującego – wchodzi bowiem mali i średni przedsiębiorcy. Wobec tego podjęte przez wykonawcę działania, jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, powinny być adekwatne do jego sytuacji organizacyjno - prawnej. Warto tu odwołać się do wyroku WSA w Warszawie z dnia 22 stycznia 2020 r., sygn. akt II SA/Wa 1544/19, w którym wskazano, że „każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowił realizację zalecenia ustawowego (...) ustawowe wymaganie podjęcia niezbędnych działań spełni także podjęcie pewnych czynności konkludentnych, jak np. dopuszczenie do informacji jedynie określonego kręgu pracowników”.

Reasumując podnieść należy, że konsorcjum poza szczegółowymi wyjaśnieniami dotyczącymi spełnienia przesłanek zastrzeżenia określonych informacji złożyło także szereg dowodów potwierdzających prezentowane w uzasadnieniu zastrzeżenia stanowisko. „Przepis art. 18 ust. 3 ustawy PZP nie wymaga złożenia dowodów (por. przepis art. 224 ust. 1 ustawy PZP). (...), ustawowy obowiązek wykazania nie może być uznany za zrealizowany, jeżeli wykonawca ograniczył się jedynie do sformułowania opisowego wyjaśnienia powodów, dla których objął określone informacje tajemnicą przedsiębiorstwa, poprzez przytoczenie ustawowych regulacji tajemnicy przedsiębiorstwa czy poprzez zapewnienie (deklarację) wykonawcy, że oznaczone informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawowych regulacji. Istotne jest wykazanie odpowiednią treścią wyjaśnień oraz powiązanymi z tymi wyjaśnieniami dowodami, że wskazane informacje z uwagi na ich charakter mają obiektywną wartość gospodarczą, nie tylko dla przedmiotowego postępowania ale też na rynku, w innych postępowaniach. Nadto, wykonawca winien wykazać, że dołożył w ramach funkcjonowania swojego przedsiębiorstwa należytej staranności w celu utrzymania określonych informacji w poufności. (...) Rację ma skarżący, że uzasadnienie zastrzeżenia przekazywanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację, zaś złożenie dowodów należy ocenić pozytywnie, jako działanie mające na celu uwiarygodnienie informacji zawartych w złożonym oświadczeniu.” (wyrok SO w Warszawie z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 19/23) Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 w związku z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp - poprzez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców wyrażające się z jednej strony w odmowie uznania skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego tajemnicy dokumentów załączonych do oferty, przy jednoczesnym uznaniu za skuteczne zastrzeżenia przez konsorcjum PROSPER takiego samego rodzaju dokumentów (raportów z badań i certyfikatów zgodności), mimo że większość argumentów przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odtajnieniu dokumentów Odwołującego odnosiła się również do dokumentacji zastrzeżonej przez konsorcjum PROSPER (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Konsorcjum PROSPER do oferty złożyło raporty z badań i certyfikaty, które zastrzegło jako zawierające tajemnice przedsiębiorstwa oraz „uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa” wraz z załącznikami. W dniu 23 listopada 2023 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów przedłożonych przez konsorcjum PROSPER wraz z ofertą.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 6 grudnia 2023 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o uznaniu dokumentów załączonych do ofert konsorcjum PROSPER za skutecznie objętych zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa i w konsekwencji niesłuszne zaniechanie udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu, odmawiając uwzględnienia złożonego przez Odwołującego wniosku o ich udostępnienie.

Odwołujący załączył do oferty certyfikaty i raporty z badań, które zastrzegł jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 15 listopada 2023 r., poinformował Odwołującego o tym, iż uznał, że załączone przez Odwołującego oferty na Platformie Zakupowej Grupy TAURON pliki/dokumenty z informacją dotyczącą ich niejawności określoną w Systemie Wsparcia Organizacji Zakupów (SWOZ) zostały nieskutecznie objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (...)”.

Art. 18 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie”.

Oznacza to, że wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie danego zamówienia powinni mieć zagwarantowane równe prawa oraz muszą wypełniać takie same obowiązki. Zasada ta sprowadza się bowiem do zakazu faworyzowania i dyskryminowania w ubieganiu się o udzielenie zamówienia, jak również stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach.

Odwołujący zakwestionował dokonaną przez Zamawiającego ocenę skuteczności zastrzeżenia certyfikatów i raportów z badań jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w ofertach Odwołującego i konsorcjum PROSPER, zestawiając powyższe z ofertą wykonawcy ASAJ Sp. z o.o., który dokumentów tych (certyfikatów i raportów z badań) nie

zastrzegł, wskazując na konieczność porównania tych dokumentów w ofertach wskazanych wykonawców. Tymczasem ocenie Zamawiającego powinna podlegać – jak słusznie podniósł Przystępujący – prawidłowość skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez poszczególnych wykonawców. Nie można natomiast porównywać dokumentów zastrzeżonych przez tych wykonawców. Dla skuteczności zastrzeżenia istotna jest bowiem treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ta z kolei w odniesieniu do uzasadnienia Odwołującego i konsorcjum PROSPER była odmienna. Uzasadnień tych nie można więc w sposób prosty porównać. Różna jest bowiem treść uzasadnienia zastrzeżenia każdego z tych wykonawców. Ich sytuacje – wbrew twierdzeniom Odwołującego – są więc odmienne. Wobec czego nie mogą być oni – jak słusznie zauważył Przystępujący – jednakowo potraktowani. Wykonawca ASAJ Sp. z o.o. nie zastrzegł żadnych ze złożonych dokumentów jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec czego Zamawiający ocenił skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach dwóch wykonawców (Odwołującego i wykonawcy PROSPER), stwierdzając brak skuteczności zastrzeżenia w ofercie Odwołującego i zasadność jej zastrzeżenia w ofercie wykonawcy PROSPER. Tymczasem - jak wynika z jednolitego w tym zakresie orzecznictwa Izby - odtajnienie określonych informacji czy dokumentów jednego wykonawcy w związku z brakiem wykazania przez niego przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pozostaje bez wpływu na ocenę skuteczności zastrzeżenia analogicznych dokumentów przez innych wykonawców. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 2) lit. 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).

Przewodnicząca: