

Sygn. akt: KIO 1195/23

WYROK
z dnia 15 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2023 r. przez odwołującego Sigma Bis S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Sigma Bis S.A. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Sigma Bis S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego Sigma Bis S.A. w Warszawie na rzecz zamawiającego Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 15 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1195/23

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia Aleje Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „ Zaplanowanie i przeprowadzenie kampanii o charakterze informacyjno-edukacyjno-promocyjnym na rzecz profilaktyki przeciwnowotworowej i kształtowania postaw prozdrowotnych dla kampanii społecznej Planuję Długie Życie w wybranych mediach ogólnopolskich - w internecie, w kinach i na nośnikach promocji OOH. Części: 1+2”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 3 marca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 045-129915, zwane dalej „postępowaniem”.

Postępowanie na usługi, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Sigma Bis S.A. ul. Bielańska 12, 00-085 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 18 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP, poprzez uznanie przez Zamawiającego za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego, mimo iż objęte przez Odwołującego zastrzeżeniem informacje i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), dalej zwanej jako „z.n.k.”, i zostały skutecznie przez Odwołującego zastrzeżone.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia uznania bezskuteczności zastrzeżenia przez odwołującego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do następujących dokumentów złożonych jako załączniki do oferty:

1. część 1/2 (grupa I) załącznik nr 1a do OPZ szczegółowy kosztorys realizacji przedmiotu umowy - w odniesieniu do całości dokumentów,
2. część 1/2 media plan nr 1/2/3 - w odniesieniu do całości dokumentów,
3. część 1 opis media plan nr 1/2/3 - w odniesieniu do strony nr 14 wymienionych dokumentów,
4. część 2 opis media plan nr 1 - w odniesieniu do strony nr 10 przedmiotowego dokumentu,

5. część 2 opis media plan nr 2 - w odniesieniu do strony nr 12 przedmiotowego dokumentu,
6. część 2 opis media plan nr 3 - w odniesieniu do strony nr 10 przedmiotowego dokumentu,

oraz nakazanie zamawiającemu uznania za skuteczne zastrzeżenia ww. informacji, a także dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z: 1) uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z dnia 21 marca 2023 r., złożonego przez odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Kompleksowa obsługa w zakresie planowania, zakupu czasu antenowego i powierzchni w mediach” prowadzonym przez Naukową i Akademicką Sieć Komputerową – Państwowy Instytut Badawczy, 2) oświadczenia z dnia 27 kwietnia 2023 r., złożonego w imieniu odwołującego przez pełnomocnika - Pana M. Ł., wraz z pełnomocnictwem, celem wykazania faktu, że oświadczenie o uzasadnieniu dla zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o analogicznej treści jak złożone w niniejszym postępowaniu, stanowiło skuteczną podstawę do zastrzeżenia tajemnicy w innym postępowaniu, w którym odwołujący brał udział, a tym samym, że uzasadnienie złożone w niniejszym postępowaniu spełnia przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego. Wniesiono również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa adwokackiego według norm przewidzianych prawem.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Odwołujący złożył wraz z ofertą wyżej wskazane dokumenty, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Pismem z dnia 20 kwietnia 2023 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o bezskuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w odniesieniu do wszystkich dokumentów, co do których odwołujący zastrzegł tajemnicę. W uzasadnieniu do odtajnienia zamawiający wskazał jedynie, że obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie rzeczowych i obiektywnych argumentów świadczących za tym, iż dana informacja stanowi tajemnicę. Zamawiający wskazał ponadto, że z treści uzasadnienia zastrzeżenia przedmiotowych informacji jednoznacznie wynika, iż odwołujący nie spełnił wszystkich warunków, aby zastrzeżoną informację pozostawić niedostępną dla innych uczestników postępowania. Jednakże zamawiający nie odniósł się w jakikolwiek sposób do okoliczności podnoszonych przez odwołującego w uzasadnieniu zastrzeżenia.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2023 r. odwołujący ponowił swoje stanowisko co do zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w przedmiotowych dokumentach jako stanowiących tajemnicę oraz przedstawił dodatkowe uzasadnienie. Pismem z dnia 26 kwietnia 2023 r. zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w zakresie odtajnienia

wszystkich zastrzeżonych dokumentów oraz przedstawił przesłanki, które legły u podstaw podjęcia czynności, której dokonano w dniu 20 kwietnia 2023 r.

Odwołujący wskazał dalej, że odwołanie odnosi się jedynie do czynności zamawiającego w zakresie, w jakim uznał on za bezskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego, co do informacji dotyczących cen poszczególnych usług, a zatem informacji zawartych w dokumentach wskazanych w petitum odwołania. W tym też zakresie odwołujący wnosi o unieważnienie czynności zamawiającego oraz uznania zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jako czynność skuteczną. Zastrzeżone informacje, w postaci posiadanych rabatów w mediach oraz cen na poszczególne usługi dotyczą stawek zakupowych w danym medium wynegocjowanych przez odwołującego, tj.: CPV (koszt za pojedyncze obejrzenie spotu) w Youtube, CPM (koszt dotarcia do tysiąca użytkowników) w Tiktok, CPC (koszt kliknięcia w reklamę) FB, Google, Programmatic, koszty pojedynczego citylight, koszt za widza w kinie, koszt emisji spotu na ekranach DOOH i koszt emisji reklamy prasowej, które to koszty uzyskano dzięki negocjacjom, a ich ujawnienie innym firmom na rynku reklamy może obniżyć konkurencyjność odwołującego jako agencji i zmniejszyć szanse na wygraną w innych postępowaniach w których oceniane będą stawki zakupowe w w/w mediach.

Odwołujący podniósł, że dane odnoszące się do cen w poszczególnych mediach są osiągane dzięki indywidualnym negocjacjom domu mediowego z dostawcami mediów, przy uwzględnieniu przez dostawców mediów kryteriów, którymi dysponuje dany podmiot, m.in. w oparciu o łączną kwotę wydatków reklamowych, portfolio klientów, deklaracje budżetowe wydatków na dane media, udziału poszczególnych produktów reklamowych w wydatkach, itp. Wgląd do tych informacji pozwoli na ustalenie pozycji rynkowej odwołującego przez podmioty konkurencyjne i ujawni zdolności negocjacyjne, co na rynku usług mediowych świadczonych przez domy mediowe jest niezwykle istotną wartością gospodarczą. Ponadto, jawność tych informacji może doprowadzić do niekorzystnych zmian w polityce cenowej dysponentów mediów wobec odwołującego oraz jego klientów, a w ostateczności również rozwiązaniem umów z tymi podmiotami, co doprowadziłoby do powstania szkód. Rynek dostawców mediów jest zamknięty oraz ograniczony przez liczbę dostawców na rynku, a utrata przez odwołującego, podmiotu z tego rynku może zachwiać pozycją rynkową, w tym spowodować niewykonanie innych umów zawartych z klientami. Może to również doprowadzić do ograniczenia szans na pozyskanie nowych klientów i osiągnięcie zysków w przyszłości.

Odwołujący wskazał dalej, że zastrzeżone informacje w postaci cen składowych oferty pozwalają na ustalenia rabatów jednostkowych, wobec czego wymagają utajnienia, gdyż stanowią informacje technologiczne i organizacyjne dotyczące tworzenia oferty, strategii, organizacji pracy oraz kalkulacji ceny. Metodologię kalkulacji ceny należy uznać za

informacje, które stanowią potencjalne źródło wiedzy dla konkurencji, które będą mogły zostać wykorzystane przez konkurencję w przyszłości, również w postępowaniach w których udział będzie brać odwołujący. Informacje te powstają na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie, mając niepowtarzalny charakter.

Ceny jednostkowe zawarte w formularzu cenowym w wielu pozycjach dotyczą bardzo precyzyjnie określonych dostawców mediów. Informacja o cenie jednostkowej daje pełny obraz rabatu, który otrzymuje odwołujący od dostawcy. Niektóre rabaty są nieosiągalne dla pozostałych uczestników rynku i wynikające z wieloletniej współpracy z mediami, co jest na tym rynku standardem. Ujawnienie ich w tak szerokim zakresie, jak ma to miejsce w tym postępowaniu, pozbawia odwołującego narzędzi formułujących tą przewagę. W szczególności, że zastrzeganie formularzy cenowych jest powszechną praktyką na rynku usług związanych z dostawcami mediów. Gdyby jednak przejąć, że żaden z wykonawców nie może zastrzec formularza cenowego, oznaczałoby to wprost przyzwolenie na oferowanie zamawiającemu wyższych cen niż dostępne ceny odwołującego, gdyż pewien poziom rabatów dostępny jest jedynie w sytuacji zachowania ich w poufności. Dane z formularza zdradzają bowiem jaki minimalny rabat ma odwołujący u dostawcy mediów i o ile niżej może wycenić daną usługę w stosunku do powszechnie znanych cen cennikowych. Jeśli odwołujący w danej pozycji wskazał konkretną cenę to na jej podstawie konkurent wie, że jego rabat nie jest niższy, niż możliwy do ustalenia na tej podstawie. Inny wykonawca może w ten sposób uzyskać informacje, że takie rabaty są na rynku osiągalne, co niweczy wypracowaną przez odwołującego pozycję rynkową będącą wynikiem długotrwałych negocjacji.

Zdaniem odwołującego podanie jednostkowych cen i rabatów może zostać użyte przez pozostałych wykonawców w kolejnych postępowaniach, a wiedza ta stanowi wartość organizacyjną odwołującego, którą należy uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te stanowią kompletną charakterystykę sposobu realizacji zamówienia, określając sposób wyliczania cen dla realizacji konkretnego zamówienia. Ceny jednostkowe oraz jednostkowe upusty/rabaty w detalach określają nie tylko ceny jako takie, ale również informują o warunki handlowe uzyskane od określonych precyzyjnie dostawców mediów. Równocześnie ceny i rabaty jednostkowe zawierają informacje dotyczące warunków cenowych oferowanych przez spółkę, które nie są dostępne innym wykonawcom.

Nie sposób się zgodzić z twierdzeniami zamawiającego, w zakresie w jakim wskazuje, że zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie spełnia wszystkich warunków wynikających z art. 18 ust. 3 p.z.p., aby zastrzeżoną informację pozostawić niedostępną dla innych uczestników postępowania. W innych postępowaniach prowadzonych w trybie p.z.p., w odniesienia do zastrzeżenia tajemnicy formularzy cenowych, odwołujący składał analogiczne uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, oraz

zastrzeżenia te nie były kwestionowane pod względem merytorycznym ani formalnym. W szczególności odwołujący złożył uzasadnienie o zbliżonej treści w postępowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Kompleksowa obsługa w zakresie planowania, zakupu czasu antenowego i powierzchni w mediach” prowadzonym przez Naukową i Akademicką Sieć Komputerową – Państwowy Instytut Badawczy. Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy za bezskuteczne w odniesieniu do innych wykonawców (Euvic Media Sp. z o.o. w Warszawie, Media Group Sp. z o.o. w Warszawie, konsorcjum Mastermind Sp. z o.o. w Warszawie i Havas Media sp. z o.o. w Warszawie), przy jednoczesnym braku kwestionowania zastrzeżenia złożonego przez odwołującego. Tym samym, w ocenie innych zamawiających działających na gruncie p.z.p, argumenty podnoszone przez odwołującego co do zasadności oraz trybu zastrzeżenia tajemnicy są w pełni uzasadnione, zastrzeżenie to nie jest kwestionowane pod kątem formalnym, w tym w zakresie wykazania, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Warto także dodać, że składanie podobnych uzasadnień dla zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w różnych postępowaniach, nie świadczy, że uzasadnienia te mają charakter blankietowy. Uzasadnienia te każdorazowo odnoszą się do zastrzeżenia informacji dotyczących analogicznych informacji, tj. związanych z cenami jednostkowymi u dostawców usług, zatem co oczywiste zawierają one tożsame argumenty.

Odwołujący nie zgadza się także z twierdzeniami zamawiającego, że nie wykazał, aby zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazał zamawiający, odwołujący opisał podejmowane przez siebie środki służące zachowaniu informacji w poufności, jednak nie załączył do uzasadnienia zastrzeżenia żadnych dowodów na potwierdzenie stosowania tych środków. Nadto, zamawiający wskazał, że sam opis środków służących ochronie poufności informacji należy uznać za niewystarczający do wykazania ich faktycznego podjęcia. Zatem zamawiający nie kwestionuje środków służących zachowaniu informacji w poufności obowiązujących u odwołującego, opisanych w uzasadnieniu dla zastrzeżenia informacji poufnych. Zamawiający nie kwestionuje ponadto, że środki te są niewystarczające lub niepozwalające na uznanie informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy więc uznać, że zamawiający nie dokonał indywidualnej oceny środków bezpieczeństwa obowiązujących u odwołującego.

Odwołujący zaznaczył dalej, że dokonując w postępowaniu określonych czynności, zwłaszcza o charakterze sankcyjnym, zamawiający zobowiązany jest należycie uzasadnić swoje działania. Natomiast czynność odtajnienia dokumentów ma charakter blankietowy oraz nie odnosi się w jakikolwiek sposób do stanu faktycznego tej konkretnej sprawy, o czym świadczy chociażby uzasadnienie do pisma z dnia 20 kwietnia 2023 r., w którym zamawiający nie odniósł się w jakikolwiek sposób do stanu faktycznego. Przesłanki odtajnienia z dnia 26 kwietnia 2023 r. są w tym zakresie spóźnione. Zamawiający nie

dokonał jakiegokolwiek uzasadnienia w samej czynności z dnia 20 kwietnia 2023 r., co do środków podejmowanych przez odwołującego w celu zabezpieczenia informacji, zaś w spóźnionych przesłankach z dnia 26 kwietnia 2023 r., odnosząc się do podjęcia działań w celu utrzymania informacji w poufności, przytoczono jedynie kilka wyroków, bez dokonania faktycznej analizy działań podejmowanych przez odwołującego. Co więcej, w świetle orzecznictwa prezentowanego przez Izbę, stan każdej sprawy powinien być rozpatrywany indywidualnie, a przedłożenie dowodów nie zawsze jest konieczne. Tym samym, zamawiający powinien był w pierwszej kolejności dokonać merytorycznej oceny twierdzeń podnoszonych przez odwołującego w uzasadnieniu dla zastrzeżenia tajemnicy, a dopiero w razie powzięcia wątpliwości kwestionować fakt braku dołączenia dowodu. Natomiast zamawiający w jakikolwiek sposób nie dokonał oceny twierdzeń oraz opisu środków przedsięwziętych przez odwołującego, co świadczy o braku indywidualnej analizy sprawy.

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 jego piśmie procesowym. Wniesiono także o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

W ramach okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, na podstawie dokumentacji postępowania, Izba ustaliła, że odwołujący wraz z ofertą złożył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (pisma z dnia 29 marca 2023 r., tożsame dla dwóch części przetargu), do których nie załączono żadnych dowodów dotyczących tajemnicy gospodarczej – dołączone dokumenty dotyczą wyłącznie merytorycznych aspektów oferty. Informacją z dnia 20 kwietnia 2023 r. zamawiający uznał dokonane zastrzeżenie za bezskuteczne. Dalej

ustalono, że odwołujący przedłożył odpowiedź na stanowisko zamawiającego, ponawiając wniosek o uznanie przedmiotowych dokumentów za właściwie zastrzeżone (do pisma z dnia 24 kwietnia 2023 r. dołączono politykę ochrony informacji oraz przykładową umowę z kontrahentem o obowiązku zachowania poufności), zaś pismem z dnia 26 kwietnia 2023 r. zamawiający ponowił stanowisko o bezskuteczności utajnienia przedstawiając dodatkową argumentację.

Stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie weryfikacji przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez odwołującego wraz z ofertą w następującym zakresie: część 1/2 (grupa I) załącznik nr 1a do OPZ szczegółowy kosztorys realizacji przedmiotu umowy – w odniesieniu do całości dokumentów, część 1/2 media plan nr 1/2/3 – w odniesieniu do całości dokumentów, część 1 opis media plan nr 1/2/3 – w odniesieniu do strony nr 14 wymienionych dokumentów, część 2 opis media plan nr 1 – w odniesieniu do strony nr 10 przedmiotowego dokumentu, część 2 opis media plan nr 2 – w odniesieniu do strony nr 12 przedmiotowego dokumentu, a także część 2 opis media plan nr 3 – w odniesieniu do strony nr 10 przedmiotowego dokumentu. Osią sporu było zatem rozstrzygnięcie czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania i oceny oferty odwołującego, w tym czy nie doszło do naruszenia art. 18 ust. 1-3 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1-3 p.z.p. z powodu uznania przedmiotowych informacji za bezskutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zgodnie z informacją zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2023 r.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, więc rozpoznawane odwołanie zostało oddalone.

Skład orzekający wskazuje, że zgodnie z art. 18 ust. 3 p.z.p. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z.n.k., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zatem immamentną cechą tajemnicy gospodarczej jest fakt, że przedsiębiorca, który zastrzega informacje jako swoje dane prawnie chronione, podejmuje działania mające na celu chronienie tajemnicy. Omawiana norma jednoznacznie określa, że skuteczne objęcie tajemnicą, wymaga od wykonawcy nie tylko udowodnienia przesłanek materialnych zawartych w art. 11 ust. 2 z.n.k. będącego definicją legalną tajemnicy gospodarczej, ale także wykazania spełnienia przesłanki formalnej – czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Ergo wykonawca ma nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że faktycznie stanowią one tajemnicę gospodarczą. Następuje to poprzez złożonego rzeczowego i przekonującego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które powinno zostać poparte adekwatnymi dowodami dotyczącymi podejmowanych działań w celu ochrony tajemnicy. Nie mogą to być jakiegokolwiek czynności, a właściwe zachowanie wykonawcy, uwzględniające podwyższone standardy działania z zachowaniem należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych, ponieważ działanie przedsiębiorcy ocenia się przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p).

Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 133/21, „W orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Założenie to powinno znaleźć wyraz również w wykładni pojęcia „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. [*obecnie art. 18 ust. 3 p.z.p. - przyp. Izba*], w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu k.p.c. (...) Przepis ten nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa”. (por. też wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie: z 01.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 53/21 i z 24.11.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 87/21).

„Należy jednak zauważyć, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca "wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg, bo wymóg „wykazania”, co jest niczym innym, jak obowiązkiem udowodnienia. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” – tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.03.2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 9/22. Skład orzekający przywołane stanowiska podziela i przyjmuje za własne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba stwierdziła, że zamawiający, który uznał sporne informacje za wadliwie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, działał prawidłowo. Zgodnie z materiałem procesowym do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący nie dołączył żadnych dowodów dotyczących podejmowania działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeganych danych. Pozbawiono więc zamawiającego możliwości zweryfikowania czy informacje te, w sposób obiektywny, w oderwaniu od oświadczenia wykonawcy, faktycznie powinny pozostać utajnione. Co istotne, z materiału procesowego wynika, że w zastrzeżeniu tajemnicy gospodarczej odwołujący opisał czynności, które rzekomo podejmuje, aby chronić swoje informacje, tj. zawarcie z pracownikami umów zawierających klauzule poufności pod rygorem konsekwencji finansowych oraz podejmowanie środków fizycznych w postaci przechowywania danych na wyznaczonych komputerach zabezpieczonych hasłami (vide str. 6 uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa z 29.03.2023 r.). Istnieją zatem dowody – ww. umowy, których dysponentem i autorem jest odwołujący, który nie powinien mieć trudności w ich przedstawieniu, poza tym na takie trudności wykonawca nie wskazywał ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, ani przed Izbą.

Odwołujący zdecydował się zatem na pozostawienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy gospodarczej w postaci oświadczenia z dnia 29 marca 2023 r., z którego treści wynika, że dysponuje on właściwymi środkami dowodowymi na wykazanie, że utajniane dane mogą spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, ale dowodów tych nie złożono, wbrew obowiązkowi nałożonemu na wykonawcę przez ustawodawcę. Skład orzekający stwierdził więc, że w ustalonym stanie rzeczy nie wykazano spełnienia przesłanek art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Rację ma zamawiający, że odwołujący nie udźwignął ciężaru udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy, ponieważ nawet nie podjął próby w tym zakresie. Stanowisko odwołującego pozostało subiektywnym przekonaniem opierającym się na gołosłownych twierdzeniach, a brak złożenia dowodów –

w postaci chociażby dokumentów, których autorem jest odwołujący, o których mowa w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa – powoduje, że stanowisko to również nie jest wiarygodne. Skoro bowiem odwołujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu rzeczonych dowodów, brak ich przedstawienia należy interpretować tak, że nie zawierają one treści wskazanych w uzasadnieniu zastrzeżenia. W szczególności, że nie złożono przedmiotowych umów także po wskazaniu przez zamawiającego, że dane odwołującego uznaje za bezskutecznie zastrzeżone – po tej informacji odwołujący, pismem z dnia 24 kwietnia 2023 r., złożył politykę bezpieczeństwa oraz przykładową umowę z kontrahentem. Ponadto w ocenie Izby, odwołujący powinien wyżej wskazane, nowe dokumenty pozyskać i przedłożyć zamawiającemu w momencie zastrzegania swoich danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich złożenie na późniejszym etapie należy ocenić jako spóźnione, zgodnie bowiem z art. 18 ust. 3 p.z.p. wykonawca powinien wykazać, że zastrzegane dane stanowią jego tajemnicę wraz z przekazywaniem takich informacji zamawiającemu, a nie składać dowody dopiero po informacji o zamiarze odtajnienia bezskutecznie utajnionych informacji. Należy także zaznaczyć, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 29 marca 2023 r. nie ma mowy o tych dokumentach.

Skład orzekający dalej stwierdził, że wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający nie był zobligowany do szczegółowego zbadania adekwatności podejmowanych przez odwołującego działań w związku z chronieniem zastrzeżonych informacji, skoro wykonawca nie wykazał, aby faktycznie podejmował jakiegokolwiek czynności. Wykazanie podejmowania rzeczonych czynności powinno być bowiem pierwszym etapem, żeby rozpocząć jakąkolwiek szczegółową weryfikację. Obowiązki udowodnienia spełnienia wszystkich przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę odpowiada obowiązek zamawiającego (na który ciąży nakaz prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą jawności wynikającą z art. 18 ust. 1 p.z.p.) zbadania czy informacje spełniają wymóg objęcia ich tajemnicą. Jeżeli więc wykonawca wraz z zastrzeżeniem informacji nie przedstawi żadnych dowodów, to zamawiający nie ma materiału do oceny.

W konsekwencji powyższego analiza czy zastrzeżone dane spełniają przesłanki materialne dotyczące charakteru informacji, ujęcia ich we wskazany sposób i przełożenia na wartość gospodarczą wykonawcy (art. 11 ust. 2 z.n.k) nie była w sprawie konieczna. Rezygnacja z wypełnienia obowiązku wykazania wymaganych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje, że odwołanie należało oddalić. Jeżeli bowiem wykonawca – pomimo twierdzenia, że istnieją dowody pozwalające na dokonanie obiektywnej weryfikacji prawidłowości utajnienia danych – podejmuje decyzję, że dowodów tych nie złoży, pozbawia zamawiającego i Izbę możliwości uznania, że tajemnica została prawidłowo i skutecznie zastrzeżona, co powoduje, że informacje te należy odtajnić. Innymi słowy, skoro odwołujący

wraz z przedstawieniem informacji nie był w stanie wykazać, że omawiane dane są utajniane, to *a priori* nie mają one charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednie zatem dodatkowo należy zaznaczyć, w zakresie charakteru zastrzeganych danych, że w uzasadnieniu utajnienia odwołujący podnosił, że wgląd do rzeczonych informacji pozwoli konkurencji na ustalenie pozycji rynkowej spółki, poznanie cen i rabatów, a tym samym ujawni jego zdolności negocjacyjne. Z drugiej strony podnoszono, że ceny uzyskane przez odwołującego są nieosiągalne dla pozostałych uczestników rynku i wynikają z wieloletniej współpracy z mediami – dzięki indywidualnym negocjacjom domu mediowego z dostawcami mediów przy uwzględnieniu kryteriów, którymi dysponuje dany podmiot, m.in. w oparciu o łączną kwotę wydatków reklamowych, portfolio klientów, deklaracje budżetowe wydatków na dane media, udziału poszczególnych produktów reklamowych w wydatkach, itp. Zatem budzi poważne wątpliwości co do wiarygodności stanowisko, że poznanie ceny czy rabatu od razu spowoduje utratę tej przewagi, jeżeli cena wynika ze szczególnych relacji handlowych odwołującego, których inni wykonawcy nie posiadają. Czym innym jest bowiem informacja o rabacie, a czym innym okoliczności pozwalające na jego uzyskanie. To nie informacja o cenie, a szczególne warunki dające możliwość jej uzyskania, stanowią przewagę konkurencyjną danego przedsiębiorcy.

W ocenie składu orzekającego poznanie wysokości ceny nie spowoduje w sposób automatyczny, że konkurencja od razu taką samą lub niższą cenę uzyska, skoro wynika ona z unikalnych czynników dostępnych odwołującemu. Jak trafnie wskazał zamawiający, takie ceny jednostkowe można porównać do cen z kosztorysu budowlanego, gdzie poznanie szczegółowych cen nie zagwarantuje każdemu wykonawcy możliwości ich uzyskania (bo przykładowo wynikają z posiadania długoletniej relacji z podwykonawcą, co jest dostępne tylko danemu wykonawcy). Jeżeli natomiast sytuacja inaczej przedstawia się na rynku mediów, takie oświadczenie wymaga co najmniej przekonującej argumentacji, a pożądane byłoby wykazanie tej okoliczności, czego w rozpoznawanym sporze zabrakło.

Powyższe jest szczególnie istotne, ponieważ zdaniem Izby wykazanie wartości gospodarczej, w tym wartości ekonomicznej i podnoszonej przez stronę możliwości wykorzystania przez konkurencję, musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości utajnianych przez niego informacji należy uznać za niewystarczające, a w tym wypadku dodatkowo za pozbawione przymiotu wiarygodności. („Podkreślić jednak należy, że samo oświadczenie i deklaracja zastrzegającego w tym zakresie to zdecydowanie za mało by uznać wymóg wykazania wartości gospodarczej za spełniony. Przy czym wartość a musi mieć charakter obiektywny, oderwany od subiektywnej oceny i stanowiska zastrzegającego. Oczywistym jest bowiem, że wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, wypracowane przez lata działalności przez zastrzegającego mają w jego ocenie wartość

gospodarczą. Niemniej nie oznacza to, że z obiektywnego punktu widzenia mają one jakakolwiek wartość dla innych podmiotów.” – wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 26.04.2023 r., sygn. akt: XXIII Zs 140/21).

Odwołujący podkreślał również, że na właściwym rynku utajnienie takich danych jest standardem. Trudno uznać ten argument za trafiony, skoro praktyką zamawiających jest odtajnianie tego typu danych – *vide* odtajnienie informacji w przetargu prowadzonym przez Naukową i Akademicką Sieć Komputerową - Państwowy Instytut Badawczy w zakresie ofert wykonawców: Euvic Media Sp. z o. o. w Warszawie, Media Group Sp. z o. o. w Warszawie, konsorcjum Mastermind Sp. z o. o. w Warszawie i Havas Media Sp. z o. o. w Warszawie, co podnoszono w odwołaniu, a także dokonane przez tego zamawiającego odtajnienie danych wykonawców: Catvertiser Sp. z o. o. w Warszawie, Euvic Media Sp. z o. o. w Warszawie, Fabryka Marketingu Sp. z o.o. w Warszawie, Media Group Sp. z o. o. w Warszawie i One House Sp. z o. o. w Warszawie – tak pisma o uznaniu bezskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przez ww. wykonawców z dnia 20.04.2023 r. znajdujące się w dokumentacji postępowania.

Izba wskazuje także, że przedstawione wraz z odwołaniem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu pn. „Kompleksowa obsługa w zakresie planowania, zakupu czasu antenowego i powierzchni w mediach” prowadzonym przez Naukową i Akademicką Sieć Komputerową - Państwowy Instytut Badawczy, jest tożsame jak w przetargu, którego dotyczy odwołanie. Wbrew opinii odwołującego, który podnosił, że dokonuje zweryfikowania zastrzeganych danych dla każdego postępowania, brzmienie dowodu wskazuje, że składane uzasadnienie jest jednakowe, bez szczegółowego uwzględnienia indywidualnych cech każdego postępowania. Ponadto okoliczność, iż inny zamawiający, w innym przetargu, uznał sporne dane za skutecznie utajnione, nie jest istotna dla rozstrzygnięcia, które dotyczy oceny czynności tego zamawiającego w zakresie weryfikacji zastrzeganych danych. Innymi słowy, niezależnie czy inny zamawiający popełnił błąd czy nie (i czy tamta decyzja została, czy nie została zweryfikowana przez organ odwoławczy), nie ma to żadnego wpływu na obecnie rozpoznawany spór.

Warto także dodać, że skład orzekający skupił się na ocenie czynności w postępowaniu w postaci informacji zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2023 r., gdzie trafnie wskazano, że mając na uwadze brzmienie art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. z treści uzasadnienia zastrzeżenia przedmiotowych informacji przez odwołującego jednoznacznie wynika, iż nie spełnił wszystkich warunków, aby zastrzeżoną informację pozostawić niedostępną dla innych uczestników postępowania. Czynność ta, pomimo zwięzłej treści, jest materialnie prawidłowa, a jej rozbudowanie, z powodu braku dołączenia przez odwołującego dowodów do uzasadnienia utajnienia, do czego szczegółowo odniesiono się we wcześniejszej części uzasadnienia, niewiele by wniosło do sporu i nie zmieniłoby

rozstrzygnięcia (wobec braku spełnienia przez sporne utajnienie pkt 3 ze str. 2 informacji z dnia 20.04.2023 r.). Natomiast informacja zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2023 r. nie jest główną czynnością ocenianą przez Izbę, a stanowi raczej replikę na stanowisko odwołującego z dnia 24 kwietnia 2023 r., także znaną odwołującemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania.

Rekapitulując, z materiału procesowego wynika, że w postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1-3 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1-3 p.z.p., czynność odtajnienia informacji odwołującego z dnia 20 kwietnia 2023 r. jest prawidłowa, zamawiający prawidłowo uznał za bezskutecznie utajnione dane, co do których nie wykazano, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 zd. 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania i koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

.....