

WYROK
z dnia 24 lipca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2018 roku przez Odwołującego: Mercator Medical Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach

przy udziale wykonawcy: Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 2 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 2 w zakresie wynikającym z uwzględnionych zarzutów, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi w zakresie pakietu nr 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje Zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi w odniesieniu do dokumentów zawartych na stronie 124 – 129 oferty z wyłączeniem danych objętych pismem producenta z dnia 12 czerwca 2018 r.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 834 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy osiemset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach („Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa rękawic medycznych” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 marca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 050-110154.

I. W dniu 9 lipca 2018 r. Odwołujący - Mercator Medical Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie („Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu numer 2 oferty wykonawcy Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi (dalej także jako „wykonawca Skamex”), zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Skamex w zakresie pakietu numer 2 oraz czynność odmowy ujawnienia dokumentów złożonych przez Skamex.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu numer 2 oferty wykonawcy Skamex, podczas gdy ta oferta, jako podlegająca odrzuceniu, nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Skamex w zakresie pakietu numer 2, podczas gdy oferta wykonawcy Skamex jest niezgodna z treścią SIWZ,
- 3) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 419) [dalej: „u.z.n.k.”] poprzez odmowę ujawnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę Skamex, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu numer 2 oraz nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Skamex w zakresie pakietu numer 2,
- 3) uznania za bezskuteczne zastrzeżenie przez wykonawcę Skamex tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Skamex.

Formularz asortymentowo — cenowy dla pakietu numer 2 stanowi załącznik numer 2 do SIWZ. Zgodnie z tym dokumentem Zamawiający wymagał zaoferowania rękawiczek diagnostycznych o ściśle opisanych parametrach w rozmiarach S, M, L, XL. Zamawiający wskazał, że wymaga zaoferowania 3.000.000 par rękawiczek. Wykonawcy ubiegający się o zamówienie mieli obowiązek wskazać między innymi oferowaną ilość opakowań, cenę netto za opakowanie, nazwę handlową produktu i ilość sztuk w opakowaniu.

Ilość sztuk w opakowaniu była informacją kluczową dla Zamawiającego, ponieważ determinowała oferowaną ilość opakowań. Zamawiający określił, że opakowanie może mieć maksymalnie 200 sztuk.

Zamawiający nie wskazał jakie dokładnie ilości poszczególnych rozmiarów będą przedmiotem jego zamówienia. Wskazana została jedynie ogólna liczba 3.000.000 par.

Ponadto w rozdziale XII punkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, że wymaga zaoferowania takiej ilości pełnych opakowań, które pomnożone przez zaoferowaną wielkość opakowania dadzą w wyniku dokładnie ilość zamawianą. Oferowana ilość opakowań musi być liczbą całkowitą.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2018 r. Zamawiający przedstawił wyjaśnienia do treści SIWZ. Między innymi udzielił odpowiedzi na pytanie numer 11, które brzmiało: „Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie pakowanych po 100 szt. (90 szt. dla rozm. XL)”, Odpowiedź: „Zgodnie z SIWZ”.

W postępowaniu złożył ofertę między innymi wykonawca Skamex. W zakresie pakietu numer 2 zaoferował rękawiczki o nazwie handlowej Velo Nitrile. Wskazał, że opakowanie ma 100 sztuk, a dla rozmiaru XL 90 sztuk. Jako oferowaną ilość opakowań wskazał 60.000.

Oznacza to, że wykonawca Skamex przyjął następujące obliczenia:

- 3.000.000 par oznacza 6.000.000 sztuk rękawic.
- 6.000.000 sztuk rękawic podzielone przez 100 (liczba rękawic w opakowaniu) oznacza 60.000 opakowań.

Przy dokonywaniu tych obliczeń wykonawca Skamex zignorował, że jego opakowanie rękawic w rozmiarze XL posiada 90 sztuk (a nie 100 sztuk), a w konsekwencji, że oferowana ilość opakowań nie będzie odpowiadać wymaganej przez Zamawiającego ilości par. Ta okoliczność nie została w żaden sposób wskazana w ofercie.

Zamawiający zauważył powyższą niezgodność. Pismem z dnia 30 maja 2018 r. wezwał wykonawcę Skamex na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do odpowiedzi na pytania:

- Ile kosztuje opakowanie rękawic o rozmiarze XL?
- W jaki sposób wykonawca Skamex zrealizuje zamawianą ilość rękawic w sytuacji, kiedy Zamawiający będzie potrzebował tylko rozmiaru XL przy oferowanej ilości opakowań?

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Skamex wyjaśnił, że podał cenę za opakowanie 100 sztuk w wysokości 8,27 zł. Cena z przeliczeniem za parę wynosi 0,1654 zł. W związku z tym cena za opakowanie 90 sztuk będzie wynosić 7,44 zł. W przypadku gdy Zamawiający będzie zamawiał wyłącznie rozmiar XL wykonawca Skamex ma przeliczać ilości opakowań XL z jednoczesnym przeliczeniem ceny za takie opakowanie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W niniejszym przypadku treść oferty wykonawcy Skamex nie odpowiada treści SIWZ.

Z formularza ofertowego wykonawcy Skamex wynika, że dostarczy 60.000 opakowań, z tym że część z nich będzie zawierać 100 sztuk rękawiczek (50 par), a część 90 sztuk (45 par).

Zamawiający nie określił jakie dokładnie ilości poszczególnych rozmiarów będą przedmiotem jego zamówienia. Na potrzeby przykładu można jednak przyjąć robocze założenie, że będzie zamawiał równą ilość każdego rozmiaru. Oznacza to, że Zamawiający zamówi:

- 15.000 opakowań rękawic w rozmiarze S. Mnożąc tę liczbę razy 50 par w opakowaniu otrzymamy wartość 750.000 par.
- 15.000 opakowań rękawic w rozmiarze M. Mnożąc tę liczbę razy 50 par w opakowaniu otrzymamy wartość 750.000 par.
- 15.000 opakowań rękawic w rozmiarze L. Mnożąc tę liczbę razy 50 par w opakowaniu otrzymamy wartość 750.000 par.
- 15.000 opakowań rękawic w rozmiarze XL. Mnożąc tę liczbę razy 45 par w opakowaniu otrzymamy wartość 675,000 par.

Łącznie wykonawca Skamex dostarczy zatem 2.925.000 par rękawic. Jest to liczba o 75.000 par mniejsza niż wymagana przez Zamawiającego w SIWZ.

Ta okoliczność powoduje, że oferty wykonawcy Skamex nie można porównać z ofertą Odwołującego. Odwołujący zaoferował cenę za zrealizowanie całego wymaganego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia. Wykonawca Skamex z kolei zaoferował cenę za realizację mniejszej ilości niż była wymagana przez Zamawiającego.

Co również istotne Zamawiający nie przewidział możliwości, żeby opakowania rękawic różnych rozmiarów miały różne ilości sztuk w opakowaniu. Przeciwnie, w odpowiedzi numer 11 wyjaśnień SIWZ Zamawiający wprost nie wyraził na to zgody.

W kwestii odpowiedzi wykonawcy Skamex na wezwanie do wyjaśnień, Odwołujący podniósł, że wykonawca Skamex dokonał zakazanej art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji złożonej oferty. W ofercie wykonawca Skamex wskazał, że cena netto za opakowanie wynosi 8,27 zł (bez rozróżnienia ze względu na rozmiar). Tymczasem w odpowiedzi na wniosek o udzielenie wyjaśnień wskazuje, że cena za opakowanie rękawic rozmiaru XL wynosi 7,44. Jest to niedopuszczalna modyfikacja oferty.

Ponadto, wskazana przez wykonawcę Skamex cena za jedną parę 0,1654 jest niezgodna z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1830 z późn. zm.) w związku z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. Nr 84, poz. 386). Zgodnie z tymi przepisami cena jest to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Jednostką pieniężną jest polski złoty, który dzieli się na 100 groszy.

Nie istnieje jednostka pieniężna mniejsza niż 1 grosz. Wykonawca Skamex w złożonych wyjaśnieniach podnosi, cena jednej pary rękawic wynosi 0,1654 zł, co stanowi wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych mniejszych niż 1 grosz.

Ponadto, Zamawiający w SIWZ określił, że wymaga zaoferowania takiej ilości pełnych opakowań, które pomnożone przez zaoferowaną wielkość opakowania dadzą w wyniku dokładnie ilość zamawianą. Oferowana ilość opakowań musi być liczbą całkowitą. Oznacza to, że wykonawcy mogli deklorować opakowanie o wielkości 200 sztuk (maksymalna dopuszczalna przez Zamawiającego), 100 sztuk, 50 sztuk, 25 sztuk. Nie jest natomiast możliwe zaoferowanie rękawic w opakowaniu 90 sztuk (45 par). Podzielenie wymaganej przez Zamawiającego zamawianej ilości przez wartość 90 sztuk (45 par) zawsze da liczbę niecałkowitą.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż wykonawca Skamex zaoferował mniejszą ilość przedmiotu zamówienia niż wymagał tego Zamawiający w treści SIWZ. Opakowania rękawic zaoferowanych przez wykonawcę Skamex mają różne wielkości w zależności od rozmiaru rękawic, co nie zostało dopuszczone przez Zamawiającego. Odpowiadając na wezwanie

wykonawca Skamex dokonał nieuprawnionej modyfikacji ceny wyrażonej w ofercie, która dodatkowo została przedstawiona w jednostkach pieniężnych mniejszych niż 1 grosz. Niezależnie od tego opakowanie zawierające 90 sztuk rękawic jest i tak niezgodne z SIWZ, ponieważ nie pozwoli zaoferować takiej ilości pełnych opakowań, która pozwoli zrealizować zamówienie w ilości dokładnie wymaganej przez Zamawiającego. Te wszystkie okoliczności powodują, że oferta wykonawcy Skamex jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zarzut dotyczący odmowy ujawnienia dokumentów.

Wykonawca Skamex na stronie 123 oferty oświadczył, że w złożonej przez niego ofercie strony od 124 do 129 zawierają dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa — wyłącznie do wglądu Zamawiającego. Jako podstawa wskazany został art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Wykonawca Skamex przytoczył trzy przesłanki, które determinują, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto wykonawca Skamex oświadczył, że „podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tychże dokumentów, w szczególności nigdy wcześniej nie były one udostępnione, nie są publicznie dostępne, ponieważ firma Skamex nie podejmowała czynności mających na celu ich upublicznienie”.

Wykonawca Skamex zastrzegł, że nie mogą być udostępnione również raporty z badania technicznego rękawic. Nastąpiło to pismami z dnia 5 czerwca 2018 r. oraz 13 czerwca 2018 r. W obu przypadkach wykonawca Skamex przedstawił identyczne uzasadnienie — dołączając dodatkowo oświadczenie producenta.

Odwołujący powołał się na regulację art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazał, iż w doktrynie podkreśla się, że zamawiający zobligowany jest do zweryfikowania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może przy tym polegać wyłącznie na oświadczeniu przedsiębiorcy, ale powinien samodzielnie dokonać oceny zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (zob. M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, Komentarz do art. 8).

W niniejszym stanie faktycznym wykonawcę Skamex zastrzegł, że informacje nie mogą zostać udostępniane, jednak nie wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Skamex w żaden sposób nie wykazał, że spełnił warunki pozwalające uznać dane informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ograniczył się jedynie do ogólnego oświadczenia (stanowiącego w zasadzie sparafrazowanie przepisów ustawy). Brak jakichkolwiek konkretnych, obiektywnych i weryfikowalnych okoliczności i dowodów wskazujących na spełnienie warunków.

Na poparcie zaprezentowanego stanowiska Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 20 marca 2017 r. KIO 2113/16, KIO 2119/16; wyrok z dnia 27 kwietnia 2017 r. KIO 687/17, KIO 693/17 oraz wyrok z dnia 17 maja 2017 r. KIO 864/17, KIO 872/17.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Odwołujący przedstawił w piśmie procesowym z dnia 16 lipca 2018 r.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 19 lipca 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 12 lipca 2018 r. wykonawca Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W ww. piśmie wykonawca Skamex przedstawił także swoje stanowisko w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Z ustaleń poczynionych przez Izbę w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania wynikało, iż do czasu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 2 Zamawiający nie udzielił Odwołującemu pisemnej odpowiedzi w zakresie dokonanego przez wykonawcę Skamex zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołanie podlegało zatem rozpoznaniu w całości.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania, której kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem została przekazana przez Zamawiającego, oraz dokumenty załączone do pisma Odwołującego z dnia 16 lipca 2018 r. (wiadomość email z dnia 9 lipca 2018 r. wraz z załącznikiem, tj. fotografią dokumentu „Wyniki Badania technicznego” z dnia 19 lutego 2018 r.). Złożony przez Odwołującego na rozprawie dokument zawierający szacunkowe obliczenia został potraktowany jako oświadczenie tej strony, natomiast w odniesieniu do dokumentu „Odpowiedź na zapytania w sprawie SIWZ” Izba uznała, iż nie ma on istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy w związku z tym, że dotyczył on innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez innego zamawiającego (Szpital Specjalistyczny nr 2 w Bytomiu).

Izba ustaliła, iż stan faktyczny sprawy opisany odwołaniu znajduje potwierdzenie w dokumentacji Postępowania. W szczególności wymaga wskazania, co następuje:

Zgodnie z pkt I) 1 - 3 SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa artykułów ochrony indywidualnej – rękawice medyczne, a w przypadku pakietu nr 2 – rękawice diagnostyczne nitrylowe. Przedmiot zamówienia został podzielony na 12 części (pakietów).

Zgodnie z pkt III) 3 i 5 realizacja przedmiotu zamówienia będzie następowała częściowo na podstawie pisemnych zamówień Zamawiającego w ilościach wskazanych w zamówieniu i w terminach określonych w projekcie umowy. Zapłata za dostarczony przedmiot zamówienia nastąpi w terminie do 60 dni licząc od dnia dostarczenia faktury.

Zgodnie z pkt VII) 4 treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.

Zgodnie z pkt XII) 1 zdanie drugie Zamawiający wymaga zaoferowania takiej ilości pełnych opakowań, które pomnożone przez zaoferowaną wielkość opakowania dadzą w wyniku dokładnie ilość zamawianą. Oferowana ilość opakowań musi być liczbą całkowitą.

Ww. postanowienie SIWZ zostało przez Zamawiającego podkreślone i wyróżnione pod względem graficznym.

Zgodnie z pkt XIII) 2) dla pakietu nr 2 jako kryteria oceny ofert zostały ustalone: cena – 60% oraz jakość – 40%.

Opis przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 2 został zawarty w załączniku nr 2 do SIWZ – Formularz asortymentowo – cenowy w formie tabeli. Tabela obejmowała następujące kolumny:

- Lp,
- Opis przedmiotu zamówienia,
- Zamawiana ilość par,
- Oferowana ilość opakowań,

- Cena netto za opakowanie,
- Wartość netto,
- VAT %,
- Wartość Brutto,
- Nazwa handlowa, producent, nr katalogowy, ilość sztuk w opakowaniu.

Przez Zamawiającego zostały wypełnione trzy pierwsze kolumny, wypełnienie pozostałych należało do wykonawcy.

W kolumnie Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał m. in.: „*Rozm. S, M, L, XL. Opakowanie: max 200 szt.*”. W kolumnie Zamawiana ilość opakowań Zamawiający wpisał wartość: „*3 000 000*”.

Pozostałe kolumny ww. tabeli zostały przez wykonawcę Skamex wypełnione w sposób następujący:

- *Oferowana ilość opakowań: 60 000*
- *Cena netto za opakowanie: 8,27 zł*
- *Wartość netto: 496 200,00 zł*
- *VAT %: 8%*
- *Wartość Brutto: 535 896,00 zł*
- *Nazwa handlowa, producent, nr katalogowy, ilość sztuk w opakowaniu: Rękawice diagnostyczne nitylowe Velo Nitrile / Velo-504010* / Opakowanie a' 100 sztuk (XL 90 szt)*

W ramach wyjaśnień treści SIWZ w odniesieniu do pakietu nr 2 na pytanie: „*Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie pakowanych po 100 szt. (90 szt. dla rozmiaru XL).*” Zamawiający udzielił odpowiedzi: „*Zgodnie z SIWZ*” [pkt 11 pisma Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2018 r.].

Pismem z dnia 30 maja 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Skamex na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień treści oferty w odniesieniu do pakietu nr 2 w następującym zakresie:

„a) ile kosztuje opakowanie rękawic o rozmiarze XL

b) w jaki sposób Wykonawca zrealizuje zamawianą ilość rękawic w sytuacji, kiedy Zamawiający będzie potrzebował tylko rozmiaru XL przy oferowanej ilości opakowań; Zamawiający informuje, że oferowanej ilości i ceny nie można już zmieniać!”

Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Skamex udzielił pismem z dnia 5 czerwca 2018 r. stwierdzając, co następuje:

„(...) w związku z faktem że Zamawiający nie podał ilości par w rozbiciu na rozmiary, firma SKAMEX w celu wypełnienia formularza cenowego podała cenę za opakowanie a 100 sztuk – 8,27 zł, cena z przeliczeniem za parę wynosi 0,1654 zł, zatem cena za opakowanie 90 sztuk będzie odpowiednio wynosiła 7,44 zł. W przypadku zakupu przez Zamawiającego tylko rozmiaru XL zobowiązujemy się wówczas do odpowiedniego przeliczenia ilości opakowań XL z jednoczesnym przeliczeniem ceny za takie opakowanie.”

W ramach złożonej oferty wykonawca zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty oznaczone nr strony 124 – 129 oświadczając, co następuje:

„Swoje uprawnienie, co do możliwości skorzystania z przewidzianego w dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zastrzeżenia treści w/w wyjaśnień jako „tajemnicy przedsiębiorstwa” Wykonawca wywodzi z definicji pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (j.t. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Zastrzeżone dokumenty:

- 1) mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa,*
- 2) nie zostały ujawniona[e] do wiadomości publicznej,*
- 3) podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.*

Wyjaśniamy, że Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tychże dokumentów, w szczególności nigdy wcześniej nie były one udostępnione, nie są publicznie dostępne, ponieważ firma SKAMEX nie podejmowała czynności mających na celu ich upublicznienie.”

Pismem z dnia 30 maja 2018 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wystosował do wykonawcy Skamex wezwanie o następującej treści:

„Wyniki badań technicznych przeprowadzonych 19 lutego 2018 r dla rękawic nitrylowych bezpudrowych Velo Nitrile.

Wykonawca dołączył do oferty przedmiotowy dokument i jest on opatrzony numerem strony 125. Na dokumencie tym zakreślono w sposób uniemożliwiający identyfikację laboratorium, które przeprowadziło badania. W związku z tym Zamawiający żąda okazania oryginału dokumentu lub dostarczenia jego kserokopii z możliwością identyfikacji (odczytania) wszystkich zawartych w tym dokumencie informacji.”

Na ww. wezwanie wykonawca Skamex odpowiedział pismem z dnia 5 czerwca 2018 r. stwierdzając, iż w załączeniu przesyła kserokopię żądanego dokumentu – *„wyniki badań technicznych dotyczące rękawic nitrylowych bezpudrowych Velo Nitrile, który umożliwi identyfikacje[ę] (odczytanie) wszystkich zawartych danych w tym dokumencie informacji.”*

W treści ww. pisma wykonawca Skamex zawarł wyjaśnienie zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa analogiczne jak w ofercie.

Kolejne wezwanie Zamawiający wystosował do wykonawcy Skamex pismem z dnia 11 czerwca 2018 r. o następującej treści (uwzględniając korektę kolejnym pismem z dnia 11 czerwca 2018 r.):

„Na mocy upoważnienia zawartego w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) Zamawiający wzywa Wykonawcę SKAMEX do dostarczenia kserokopii takiego raportu z badań technicznych rękawic nitrylowych bezpudrowych Velo Nitrile przeprowadzonych 19 lutego 2018 r, z którego jednoznacznie będzie wynikało jakie laboratorium przeprowadziło przedmiotowe badania. Niedopuszczalne jest, aby jakikolwiek raport z badań technicznych był raportem anonimowym i nie był sygnowany danymi laboratorium, które te badania przeprowadziło.

W związku z zaistniałą sytuacją Zamawiający żąda okazania oryginału dokumentu, na podstawie którego Wykonawca sporządził kserokopię dołączoną do oferty, ponieważ zachodzą przesłanki uznania w/w dokumentu za nieważny.

Uporczywe zatajanie nazwy Laboratorium uniemożliwia Zamawiającemu pełną ocenę oferty i rozstrzygnięcie postępowania.”

Na ww. wezwanie wykonawca Skamex odpowiedział pismem z dnia 13 czerwca 2018 r., do które załączył kserokopię raportu z badania technicznego oraz udostępnił Zamawiającemu do wglądu oryginał tego dokumentu. W treści pisma ponowił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczając się do pierwszego akapitu wcześniejszych wyjaśnień, a ponadto do pisma załączył oświadczenie producenta, w którym zostało stwierdzone m.in.: *„Miejsce przeprowadzenia badań, a tym samym ujawnienie podwykonawcy producenta stanowi naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, której definicję znajdujemy w Ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w Art. 11 Ust. 4.”*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Skamex.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi podstawę odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się przede wszystkim w zakresie

proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobie jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszącą się do jej aspektów formalnych i materialnych, a contrario nie jest nią np. błędne ponumerowanie stron.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy w pierwszej kolejności zauważyć, iż Zamawiający nie określił dokładnej ilości zamawianych rękawic w ramach pakietu nr 2 w odniesieniu do poszczególnych rozmiarów (S, M, L, XL). Nie oznacza to jednak, iż nie zostały w tym zakresie postawione żadne wymagania. Po pierwsze, Zamawiający określił ogólną ilość zamawianych par: 3 000 000 (tj. 6 000 000 sztuk). Po drugie, zawarł w SIWZ postanowienie, zgodnie z którym „wymaga zaoferowania takiej ilości pełnych opakowań, które pomnożone przez zaoferowaną wielkość opakowania dadzą w wyniku dokładnie ilość zamawianą. Oferowana ilość opakowań musi być liczbą całkowitą” [pkt XII) 1 zdanie drugie SIWZ]. Wprawdzie ww. postanowienie SIWZ zostało zamieszczone przez Zamawiającego w punkcie dotyczącym sposobu obliczenia ceny, jednakże nie ulega wątpliwości, iż dotyczy ono treści świadczenia wykonawcy i należy się do niego odnosić badając treść oferty pod względem zgodności z SIWZ. Po trzecie, Zamawiający wymagał zadeklarowania przez wykonawców w treści oferty m. in. oferowanej ilości opakowań, ceny netto za opakowanie oraz ilości sztuk w jednym opakowaniu. Po czwarte, Zamawiający zastrzegł, iż ilość sztuk w opakowaniu nie może przekraczać liczby 200.

Taki sposób skonstruowania wymagań skutkuje tym, iż z jednej strony Zamawiający zamawiając konkretne ilości rękawic będzie zobligowany uwzględniać nie tylko postanowienia SIWZ, ale także treść oferty wybranego wykonawcy. Z drugiej strony, dokonując oceny treści danej oferty pod względem jej zgodności z SIWZ należy uwzględnić indywidualne cechy świadczenia zaoferowanego przez danego wykonawcę, tj. w tym przypadku w szczególności wskazane ilości oferowanych opakowań oraz ilości sztuk (par) w jednym opakowaniu.

Wykonawca Skamex zaoferował – w ramach wymaganej przez Zamawiającego ogólnej ilości 3 000 000 par rękawic – 60 000 opakowań. $3\,000\,000$ [par rękawic] dzielone na $60\,000$ [opakowań] daje wynik 50 par rękawic czyli 100 sztuk rękawic w jednym opakowaniu. Takie też opakowania zostały zaoferowane przez wykonawcę Skamex w odniesieniu do rozmiarów: S, M oraz L. Jeżeli (przykładowo) Zamawiający zamówiłby 3 000 000 par rękawic o rozmiarze S to świadczenie wykonawcy Skamex będzie obejmowało 60 000 opakowań. $3\,000\,000$ par dzielone przez 50 par (100 sztuk) równa się 60 000 opakowań. Oferowana ilość opakowań jest liczbą całkowitą. Jeżeli (przykładowo) Zamawiający zamówiłby 1 000 par rękawic o rozmiarze M, to świadczenie wykonawcy Skamex będzie obejmować 20 opakowań. $1\,000$ par dzielone przez 50 par równa się 20 opakowań. Jeżeli (przykładowo)

Zamawiający zamówiłby 750 000 par o rozmiarze L, to świadczenie wykonawcy będzie obejmować 15 000 opakowań. $750\,000 \text{ par} \div 50 \text{ par} = 15\,000$ opakowań. Zaoferowana ilość pełnych opakowań pomnożona przez zaoferowaną wielkość opakowania (100 sztuk czyli 50 par) daje w wyniku dokładnie ilość zamawianą. Oferowana ilość opakowań jest liczbą całkowitą. W powyższym zakresie oferta wykonawcy Skamex jest zgodna z pkt XII) 1 zdanie drugie SIWZ.

Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w odniesieniu do rękawic o rozmiarze XL, co do których wykonawca Skamex zaoferował opakowania po 90 sztuk (tj. 45 par). Już z prostego działania matematycznego: $45 \text{ par} \times 60\,000 \text{ opakowań}$ wynika, iż oferta wykonawcy Skamex w ww. zakresie jest niezgodna z SIWZ. Wynik ww. działania nie daje bowiem ilości 3 000 000 par, lecz 2 700 000 par. Jeżeli zatem Zamawiający zamówiłby 3 000 000 par, to uwzględniając ilość sztuk/par w jednym opakowaniu (90/45), świadczenie wykonawcy Skamex obejmowałoby liczbę opakowań wynoszącą: 66.666,6666666666. Nie jest to liczba całkowita, a zaoferowana ilość opakowań (60.000) pomnożona przez zaoferowaną wielkość opakowania (45 par) nie da w wyniku dokładnie ilości zamawianej (lecz ilość mniejszą – 2 700 000 par zamiast 3 000 000).

Podobnie w przypadku innych zamawianych ilości – przykładowo: 1 000 par dzielone przez 45 par daje wynik: 22,2222222222 opakowań; 750 000 par dzielone przez 45 par daje wynik 16.666,6666666666 opakowań.

Oferta wykonawcy Skamex w zakresie dotyczącym rękawic o rozmiarze XL jest zatem niezgodna z postanowieniem zawartym w pkt XII) 1 zdanie drugie SIWZ. Całkowicie bez znaczenia jest wskazywana przez Zamawiającego okoliczność, iż na ogół ilość zamawianych rękawic o rozmiarze XL jest bardzo mała („śladowa”). Po pierwsze, nie wynika to z postanowień SIWZ. A po drugie (i najważniejsze), stopień niezgodności z SIWZ nie ma znaczenia dla zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższa okoliczność (niezgodności treści oferty z SIWZ) została potwierdzona również w trakcie procedury badania i oceny. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Skamex o wyjaśnienie treści oferty w zakresie oferowanych rękawic o rozmiarze XL. W odpowiedzi na drugie pytanie: „*w jaki sposób Wykonawca zrealizuje zamawianą ilość rękawic w sytuacji, kiedy Zamawiający będzie potrzebował tylko rozmiaru XL przy oferowanej ilości opakowań*” wykonawca Skamex w ogóle nie był w stanie udzielić wyjaśnień (stwierdził jedynie: „*W przypadku zakupu przez Zamawiającego tylko rozmiaru XL zobowiązujemy się wówczas do odpowiedniego przeliczenia ilości opakowań XL z jednoczesnym przeliczeniem ceny za takie opakowanie.*”). Natomiast odpowiadając na pierwsze pytanie („*ile kosztuje opakowanie*”)

rękawic o rozmiarze XL”) wykonawca Skamex dokonał niedozwolonej zmiany ceny za opakowanie.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację, Izba stwierdziła istnienie podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy Skamex (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), co skutkowało uznaniem, iż czynność wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 2 była nieprawidłowa.

Zarzut dotyczący odmowy ujawnienia dokumentów.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl art. 8 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W celu skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagane jest zatem jednoczesne wykazanie przez wykonawcę wystąpienia następujących przesłanek składających się na definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Ww. przesłanki muszą wystąpić łącznie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonującego i terminowego wykazania, iż zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreśla się, iż „wykazać” oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnić”. Przykładowo, w wyroku z dnia 13 marca 2017 r. KIO 385/17 Izba stwierdziła: „jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Dostrzec należy, że w poprzednim

stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *"Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych."* Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością 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 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji."

Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza przedstawiła w wyroku z dnia 23 marca 2017 r. KIO 421/17: „W tym zakresie Izba stoi na stanowisku, że wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd. Dla owego "wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca

będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK. Izba zauważa, że to od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy, będzie zależało to czy dla "wykazania" wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku, itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy - tak Izba w wyroku z dnia 7 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15. Podobnie w wyrokach z dnia 5 maja 2015r. sygn. akt KIO 761/15, KIO 764/15, z dnia 11 maja 2015r. sygn. akt KIO 863/15. Stanowisko Izby wskazuje wręcz, że nie jakiegokolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia - tak wyrok z dnia 19 maja 2015r. sygn. akt KIO 932/15. Negatywnie oceniane są przez Izbę wyjaśnienia "ogólne, blankietowe informacje mogące nawet zostać uznane za generyczne."

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, iż wykonawca Skamex nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Pomimo tego, iż – jak wskazuje się w orzecznictwie Izby – poprzez „wykazanie” rozumie się coś więcej niż tylko „wyjaśnienie”, to w analizowanym przypadku nie mamy do czynienia nawet z wyjaśnieniem zasadności zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca Skamex, poza powtórzeniem przepisu zawierającego definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, stwierdził jedynie, iż *„podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tychże dokumentów, w szczególności nigdy wcześniej nie były one udostępnione, nie są publicznie dostępne, ponieważ producent oraz firma Skamex nie podejmowała czynności mających na celu ich upublicznienie.”* Wymaga zatem zauważenia, iż sama okoliczność niepodejmowania działań mających na celu upublicznienie dokumentów nie oznacza jeszcze podejmowania działań w celu zachowania ich w poufności. Należy zatem stwierdzić, iż wykonawca Skamex nie wykazał, aby takie działania zostały podjęte. Wykonawca Skamex w ogóle nie wskazał, które dokładnie informacje (i o jakim charakterze) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i dlaczego. Wymaga przy tym zauważenia, iż zastrzeżeniu podlegają konkretne informacje, a nie dokumenty. Nie została również w żaden sposób wykazana wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji. Jak bowiem wynika z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie

jest wystarczające, aby dane informacje miały charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, ale muszą jeszcze dodatkowo posiadać dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą. Podsumowując należy stwierdzić, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Skamex są tak skąpe i lakoniczne, że nawet przymiotnik „gołosłowne” wydaje się niewłaściwy do dokonania ich oceny.

Nie przesądzając, czy złożony przez wykonawcę Skamex dokument zawierający wyniki badań technicznych przeprowadzonych w dniu 19 lutego 2018 r. jest tożsamy z dokumentem przedstawionym przez Odwołującego, Izba czyni w tym miejscu ogólną uwagę, iż podziela pogląd Odwołującego, że przesłanka „nieujawnienia do wiadomości publicznej” nie występuje w odniesieniu do tych informacji, który zostały już ujawnione w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo wymaga również zauważenia, iż sam producent w piśmie z dnia 12 czerwca 2018 r. zastrzega jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie informacje dotyczące miejsca przeprowadzenia badań (a tym samym podwykonawcy – laboratorium).

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację Izba uznała, iż wykonawca Skamex nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego dokumenty złożone w ramach oferty (str. 124 – 129) zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i w konsekwencji konieczne stało się nakazanie Zamawiającemu uznania ww. zastrzeżenia za bezskuteczne.

Jedyne zastrzeżenie Izba poczyniła w stosunku do informacji objętych ww. pismem producenta z dnia 12 czerwca 2018 r., z którego wynika, iż w zakresie tam wskazanym, tj. odnośnie miejsca przeprowadzenia badań (a tym samym podwykonawcy – laboratorium) wykonawca Skamex został zobowiązany do zachowania poufności informacji. Powyższe zastrzeżenie zostało jednak poczynione wyłącznie z ostrożności, albowiem z dokumentacji Postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynika, iż ww. informacje ostatecznie nie zostały przez wykonawcę Skamex przekazane Zamawiającemu.

Ponadto Izba zaleca, aby ujawnienie przez Zamawiającego informacji, których dotyczy niniejsze rozstrzygnięcie, nastąpiło dopiero po bezskutecznym upływie terminu na wniesienie skargi na wyrok Izby w ww. zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. a) i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów

kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, oprócz kwoty stanowiącej wpis od odwołania, kwotę 834 zł (słownie: osiemset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty dojazdu na rozprawę – na podstawie złożonych przez Odwołującego biletów PKP IC. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kwoty uiszczonej opłaty skarbowej od pełnomocnictw (3 x 17 zł). Zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego obejmują w szczególności: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby, b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł. Kwota uiszczona tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa nie stanowi ani kosztu poniesionego w związku z dojazdem na rozprawę ani wynagrodzenia pełnomocnika, a zatem nie podlega zasądzeniu jako koszt postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: