

Warszawa, dnia 14.05.2024 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

**SPECJALISTYCZNY SZPITAL WOJEWÓDZKI w CIECHANOWIE**  
**ul. Powstańców Wielkopolskich 2**  
**06-400 Ciechanów**

link do dokumentacji postępowania: <https://zamowienia.szpitalciechanow.com.pl>

e-mail: [zp3@szpitalciechanow.com.pl](mailto:zp3@szpitalciechanow.com.pl)

**Odwołujący:**

Abook Sp. z o.o.

KRS 0000070678

ul. Brzostowska 22, 04-985 Warszawa

e-mail: [biuro@abook.com.pl](mailto:biuro@abook.com.pl)

*reprezentowany przez pełnomocnika:*

adw. Julię Jarnicką

*adres do doręczeń:*

**JMGJ Jaworska, Matusiak, Grześkowiak, Jarnicka Kancelaria Prawna Sp. J.**

ul. Sułkowska 2/4 lok.10, 00-746 Warszawa

e-mail: [kancelaria@jmgj.pl](mailto:kancelaria@jmgj.pl)

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. **Dostawa rękawiczek diagnostycznych nitrylowych niesterylnych. (znak sprawy: ZP/2501/32/24)***

Ogłoszenie o zamówieniu w sprawie przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w BZP 2024/BZP 00280186 z dnia 2024-04-11

**ODWOŁANIE**

Działając w imieniu **Abook Sp. z o.o.** (zwanym dalej: „**Odwołującym**”) – w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września

2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej: „PZP” wnoszę odwołanie wobec podjętych lub zaniechanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie podstawowym przez **Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie** (zwany dalej: „Zamawiającym”) pn: **Dostawa rękawiczek diagnostycznych nitrylowych niesterylnych (znak sprawy: ZP/2501/32/24)** (zwane dalej „Postępowaniem”), a niezgodnych z przepisami PZP:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **INTERNATIONAL CLEANING SERVICES POLSKA Z. KOTŁOWSKI, H. KOTŁOWSKA SP.J., MAGNOLIOWA 12, 81-198 MOSTY** (dalej „ICS” lub „Wykonawca”) w Postępowaniu;
- 2) zaniechania czynności odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych przez ICS;
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty ICS.

**Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności lub dopuszczając się zaniechań, naruszył – poza wynikającymi z uzasadnienia odwołania – następujące przepisy:**

- 1) Art. 18 ust. 2 i 3 PZP przez zaniechanie odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych oraz, pomimo braku wykazania przesłanek uprawniających do objęcia informacji tam wskazanych tajemnicą przedsiębiorstwa;

*Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1):*

- 2) Art. 239 ust. 1 i 2 PZP przez wybór oferty ICS pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu;
- 3) Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c w zw. z art. 107 ust. 2 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty ICS, pomimo że wykonawca ten nie złożył kompletnych przedmiotowych środków dowodowych na wezwanie Zamawiającego;
- 4) Art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty ICS, pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami Zamówienia;
- 5) Art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 17 ust. 2 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia co doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

**Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o:**

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
  - a. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
  - b. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem czynności wskazanych w niniejszym odwołaniu, dotychczas zaniechanych przez Zamawiającego, w tym odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez ICS,

c. odrzucenia oferty złożonej przez ICS.

Odwołujący wnosi również o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 7 500,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika według norm przepisanych na podstawie faktury, która zostanie przedłożona do akt sprawy na rozprawie.

### **Interes i szkoda**

Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 505 ust. 1 PZP. Odwołujący złożył w Postępowaniu ofertę, która sklasyfikowała się na 2. miejscu. W wyniku dokonania przez Zamawiającego ww. czynności i zaniechania z naruszeniem przepisów ustawy PZP, oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, tym samym Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 PZP do wniesienia niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w *petitum* odwołania i wynikających z jego uzasadnienia, Odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się w pozbawieniu Odwołującego możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

**Zachowanie terminu i wymogów formalnych.** Odwołanie wniesione zostało w terminie, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 PZP po upływie 5 dni od dnia przekazania przez Zamawiającego Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (w załączeniu), tj. od dnia 9.05.2024 r.

*Dowód: Zawiadomienie o wyborze oferty z 9.05.2024 r.*

Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał niniejsze odwołanie wraz z załącznikami Zamawiającemu.

## **Uzasadnienie**

### **Stan faktyczny**

1. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na „Dostawę rękawiczek diagnostycznych nitrylowych niesterylnych”. W Postępowaniu zostały złożone 4 oferty.
2. Zgodnie z Rozdz. XII pkt 3 ppkt 2.3. Zamawiający żądał jako przedmiotowego środka dowodowego m.in. Raportu z badań parametrów partii z której pochodzi próbka rękawic

ocenianych w ramach kryterium jakościowego oceny ofert. Przewidział również, na podstawie art. 107 ust. 2 PZP Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt. 2.1 i 2.3 lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

3. Zgodnie z Rozdz. XII pkt 3 ppkt 4 Zamawiający żądał również złożenia próbek oferowanego przez siebie asortymentu, mających status przedmiotowych środków dowodowych.
4. Wykonawca ICS nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający e-mailem z dnia 30.04.2024 r. skierował do wykonawcy następujące wezwanie:

*„Dzień Dobry!*

*Zgodnie z art. 107 ust 2 ustawy Pzp wzywamy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wymaganych w postępowaniu, które nie zostały złożone wraz z ofertą tj.*

*2.1. Karty techniczne, materiały informacyjne (prospekty, foldery, ulotki), wystawione przez producenta lub dystrybutora oferowanego asortymentu, potwierdzających spełnienie wymagań ustalonych przez zamawiającego w załączniku nr 2 do SWZ., oraz inne dokumenty wymagane w tym załączniku.*

*2.3. Raport z badań parametrów partii z której pochodzi próbka rękawic ocenianych w ramach kryterium jakościowego oceny ofert.*

***Na dokumenty oczekujemy do dnia 07.05.2024 r. godzina 12:00”***

5. Następnie, po otrzymaniu od wykonawcy ICS w dniu 6.05.2024 r. przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający e-mailem z dnia 7.05.2024 r. skierował kolejne wezwanie:

*„Dzień Dobry!*

*Wśród dokumentów, które otrzymaliśmy brak jest raportu z badań parametrów partii, z której pochodzi próbka rękawic ocenianych w ramach kryterium jakościowego oceny ofert. Proszę o dostanie do dnia 08.05.2024 r.”*

6. Po uzyskaniu e-mailowej informacji od wykonawcy ICS o następującej treści: Raport z badań parametrów serii jest w pliku CCF\_000086, w dniu 8 maja 2024 r. Zamawiający ponownie skierował do wykonawcy ICS wezwanie:

*„Dzień dobry!*

*Działając w oparciu o 107 ust. 2 ustawy PZP wzywamy Państwa do złożenia kompletnego przedmiotowego środka dowodowego (pśd) wymaganego przez zamawiającego w SWZ: **Raport z badań parametrów partii z której pochodzi próbka rękawic ocenianych w ramach kryterium jakościowego oceny ofert***

Złożony na wezwanie dokument pn. **Raport inspekcji** nie jest w ocenie zamawiającego kompletnym i wiarygodnym dokumentem, który zapewnia przejrzystość oraz łatwość interpretacji wyników.

Wątpliwości budzi brak w tym dokumencie wielu bardzo istotnych informacji dotyczących badania partii, w szczególności:

1. nazwa firmy wykonującej badania, dane imienne i podpisy osób reprezentujących jednostkę badającą (umieszczone „parafki” nie są wystarczające do uznania tego elementu za spełnione),
2. krótki opis celu badań oraz kontekstu, w jakim badania zostały przeprowadzone.
3. informacje na temat liczby rękawic w badanej partii, rodzaju materiału, producenta, daty produkcji itp.
4. opis metod użytych do przeprowadzenia badań, w tym urządzenia i procedury testów.
5. lista wszystkich parametrów, które zostały poddane badaniom, np.
6. analiza uzyskanych wyników, ich interpretacja i ewentualne wnioski dotyczące jakości badanej partii rękawic.
7. krótkie podsumowanie wyników oraz ewentualnych zaleceń lub rekomendacji.

Wzywamy do uzupełnienia pśd o informacje powyższe, poprzez złożenie **kopii oryginału raportu** z badań i jego tłumaczenia.

PŚD winien być złożony do dnia 09.05.2024 r. godz. 10:00

**Proszę o potwierdzenie otrzymania wezwania.”**

7. W dniu 9.05.2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty ICS.

**Dowód:** Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty datowana na 9.05.2024 r. (w załączeniu oraz w dokumentacji postępowania).

8. Jednocześnie wykonawca ICS objął przedmiotowe środki dowodowe tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający zaniechał odtajnienia dokumentów, pomimo złożenia przez Odwołującego wniosku w tej sprawie dniu 10.05.2024 r.

## **I. Zarzut naruszenia art. 18 ust. 2 i 3 PZP**

1. Mając na uwadze treść oświadczenia ICS dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca ten, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, nie wykazał przesłanek pozwalających na wyłączenie jawności złożonych przedmiotowych środków dowodowych i objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, a *de facto*, całych dokumentów.
2. ICS nie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem powinny być one jawne i udostępniane wykonawcom. Poprzez zaniechanie udostępnienia tych dokumentów, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 18 ust. 1-3 PZP.

3. Z art. 18 ust. 1 PZP wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Celem regulacji art. 18 ust. 1 PZP było wprowadzenie w zamówieniach publicznych kontroli rozproszonej, czyli przede wszystkim kontrolowanie prawidłowości postępowania przez innych wykonawców w taki sposób, aby każdy zainteresowany mógł mieć wgląd do dokumentacji postępowania i wyrazić swoje uwagi, co potwierdza wyrok KIO z dnia 13 października 2016 r. sygn. akt: KIO 1835/16, w którym Izba wskazała, że wykonawcy *„ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego czy też ocenie w kryteriach oceny ofert”*. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 PZP).
4. Zgodnie z art. 18 ust. 3 PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej ZNKU), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 PZP (nazwy albo imiona i nazwiska oraz siedziby lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte; ceny lub koszty zawarte w ofertach). Ustawodawca wprowadzając generalną zasadę jawności w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępnione oraz wykaże, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
5. Użyte w art. 18 ust. 3 PZP pojęcia „zastrzeżenie” i „wykazanie” oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ZNKU, w odniesieniu do zastrzeganych informacji, Wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa czy złożenia oświadczeń, że spełniono przesłanki zastrzeżenia. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ZNKU (tak wyrok KIO z dn. 15 października 2020 r., o sygn. akt KIO 2358/20).
6. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ZNKU, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Definicja taka została zawarta także w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem - zgodnie z nią "tajemnica przedsiębiorstwa" oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

- a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;
  - b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;
  - c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.
7. Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie wówczas, jeżeli spełniają łącznie następujące warunki:
- są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
  - jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
  - uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
- Należy przy tym zaznaczyć, że pod pojęciem działań, które „przy zachowaniu należytej staranności” uprawniony podjął (powinien podjąć) w celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich pozyskaniem, ujawnieniem lub wykorzystaniem przez osobę nieuprawnioną należy rozumieć staranność wymaganą w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 KC).
8. Uzasadnienie przedstawione przez ICS w zakresie utajnienia przedmiotowych środków dowodowych (w piśmie brak daty) nie spełnia ww. warunków skutecznego zastrzeżenia. Jest ono lakoniczne i nie wskazuje żadnych konkretnych okoliczności, mogących stanowić podstawę utajnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie rażąco niskiej ceny. Argumenty tam wskazane mają charakter bardzo ogólny i mogłyby zostać wykorzystane w dowolnym postępowaniu o udzielenie zamówienia.
9. Dokument pn. Oświadczenie dotyczące informacji zastrzeżonych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie można w ogóle uznać za skutecznie złożone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, a ponadto wykonawca ICS nie wykazał spełnienia ww. przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zastrzeżenia informacji.
10. Przede wszystkim uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno odnosić się do konkretnych dokumentów. Zastrzeżenie złożone przez ICS nie zawiera nawet nazwy

Postępowania ani Zamawiającego, nazwy utajnionych plików, a w treści nie odnosi się w żaden sposób do utajnionych informacji. Takie uzasadnienie mogłoby służyć utajnieniu jakiegokolwiek informacji i ma charakter czysto blankietowy. Ponadto dokument zawiera dwa podpisy elektroniczne tej samej osoby złożone w dniach 13.07.2023 oraz 6.05.2024. Oba podpisy weryfikowane są prawidłowo, co oznacza, że od czasu złożenia pierwszego podpisu w lipcu 2023 r. dokument ten nie był zmieniony. Nie sposób uznać, że dokument, który powstał i został podpisany w czasie, kiedy przedmiotowe Postępowanie nie było nawet jeszcze wszczęte, może w jakikolwiek sposób odnosić się do dokumentów złożonych wiele miesięcy później. Biorąc pod uwagę fakt, że uzasadnienie nie zawiera nawet nazwy tych utajnionych dokumentów, tym bardziej należy uznać zastrzeżenie za nieskuteczne.

**Dowód: Raport z weryfikacji podpisów elektronicznych.**

11. ICS w zakresie wykazania, że informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny posiadający wartość gospodarczą przedsiębiorstwa, ograniczył się do podania, że stanowią one informacje techniczną lub technologiczną i powołania odpowiednich przepisów, co samo w sobie nie uzasadnia utrzymania ich w tajemnicy. Konieczne jest wykazanie, że informacja o charakterze technicznym lub technologicznym posiada wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, aby uznać zasadność jej utajnienia. Nie sposób również uznać za „wykazanie” wartości gospodarczej stwierdzenie na końcu pisma, że: *„Dane te stanowią zestawienie istotnej wiedzy technicznej, bowiem obejmują informacje odnoszące się do poszczególnych komponentów oferowanych technologii, niedostępnych w naszych jawnych katalogach, stronach internetowych, czy publikowanych lub prezentowanych w specyfikacjach technicznych”*. Są to jedynie gołosłowne twierdzenia, nieoparte żadną argumentacją, a tym bardziej dowodami. Wykonawca ICS w żaden sposób nie wykazał ani, że utajnione informacje w ogóle mają charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ani nie wykazał wartości gospodarczej informacji, a jedynie lakonicznie odniósł się do powodu utajnienia tych nieokreślonych informacji.
12. W szczególności nie wskazał jaką wartość gospodarczą posiadają te nieokreślone informacje, w jaki sposób ich poznanie przez konkurencję może wpłynąć na sytuację rynkową wykonawcy, nie wykazał jaką stratę może ponieść w wyniku utajnienia.
13. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać **pewną wartość ekonomiczną, to znaczy ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę oszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków**. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14)”. Również zgodnie z orzecznictwem Sądu Okręgowego w Warszawie wykonawca zobowiązany jest do wykazania realnej wartości gospodarczej jaką posiadają przedstawione przez niego niejawne informacje: *„W tym zakresie Sąd podziela stanowisko (...), iż warunkiem sine qua non uznania danej informacji*



*za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Mając na uwadze podstawowe założenie w tym zakresie, a mianowicie, że wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiciem na każdą informację poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanej ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurencji pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów." (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1.10.2021, sygn. akt XXIII Zs 53/21). W niniejszym stanie faktycznym ICS nie podjął nawet próby wykazania, że zastrzeżone informacje faktyczne posiadają jakąś konkretną wartość, ograniczając się w tym zakresie do stwierdzenia, że informacje te stanowią o przewadze konkurencyjnej na rynku.*

14. Z uwagi na niespełnienie jednego z trzech warunków skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (niewykazanie, że informacje mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny albo inny posiadający wartość gospodarczą), powinny one bezwzględnie zostać odtajnione.
15. Z ugruntowanego orzecznictwa KIO wynika ponadto, że utajnieniu nie mogą podlegać całe dokumenty, a jedynie ich fragmenty zawierające informacje, które faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W raportach z badań, a należy domyślać się, że ich dotyczy utajnienie, znajduje się standardowo wiele informacji, które nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak choćby data wykonania badania numery partii, rozmiary, nazwa testowanych rękawic czy wreszcie same wyniki badań. Część tych informacji jest bowiem jawna i znana w postępowaniu, ponieważ wynika wprost ze złożonego formularza asortymentowo cenowego, gdzie podano nazwę, rozmiary rękawic oraz ich parametry, a sam wynik badania potwierdza lub nie potwierdza spełnienia minimalnych wymagań Zamawiającego.
16. Działanie Zamawiającego polegające na zachowaniu w poufności całości dokumentów wprost narusza art 18 ust. 1 - 3 PZP. Część informacji zawartych w tych dokumentach, bez najmniejszej wątpliwości nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w związku z powyższym, informacje te powinny zostać odtajnione.
17. Podkreślenia wymaga, że wykazanie przez wykonawcę, że dochował należytej staranności w celu zachowania informacji w poufności, jest kolejnym z elementów wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, któremu ICS nie

podolał. Złożył jedynie lakoniczne oświadczenia co do wdrożenia przedsiębiorstwie odpowiednich procedur bezpieczeństwa nie przedłożył jednak w tym zakresie żadnych dowodów, ani nawet nie odniósł się szerzej do tych procedur. Jedynie na marginesie należy wskazać, że żadna wdrożona procedura w firmie wykonawcy nie wpływa na to, że informacje zawarte w raportach badań nie posiadają wartości gospodarczej dla wykonawcy w rozumieniu artykułu 11 UZNK i że ich ujawnienie nie spowoduje zmiany w sytuacji rynkowej wykonawcy ICS czy jakiegokolwiek szkody.

18. Wykonawca ICS złożył uzasadnienie objęcia tajemnicą na bardzo dużym poziomie ogólności, nie odniósł się w żaden sposób do utajnianych informacji, nie wymieniając ich nawet w piśmie. Całkowicie pominął element wykazania, że utajnione informacje wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowią o przewadze rynkowej wykonawcy, a ich ujawnienie spowoduje po stronie wykonawcy szkodę.
19. Ciężar wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Zatem brak wykazania, iż zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również wykazanie zbyt ogólnikowe, niepełne, lakoniczne, a także powoływanie się jedynie na podstawę prawną możliwości zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, na orzecznictwo - jest niewystarczające do uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Prawidłowe uzasadnienie zasadności zastrzeżenia powinno być wyczerpujące i możliwie szczegółowe tak, by w jak najbardziej precyzyjny sposób faktycznie wykazać zasadność zastrzeżenia, a więc łączne zmaterializowanie się trzech warunków niezbędnych do uznania, iż określona informacja rzeczywiście stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zobligowany jest więc do przywołania konkretnych faktów, które uzasadniałyby utajnienie informacji poprzez wskazanie np. szkody, jaką poniósłby skutek ich ujawnienia.
20. Wobec niewykazania istnienia tych okoliczności, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do raportów z badań należy za uznać za bezskuteczne.

## **II. Zarzut nr 2 i 3 - naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c w zw. z art. 107 ust. 2 PZP**

21. Jak wynika z przedstawionego na wstępie stanu faktycznego, Zamawiający wzywał do złożenia/uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych przez ICS trzykrotnie. Wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą wymaganych zgodnie z SWZ przedmiotowych środków dowodowych tj. kart technicznych materiałów informacyjnych wystawionych przez producenta lub dystrybutora oraz raportu z badań parametrów partii z której pochodzi próbka rękawic. Tym pierwszym wezwaniem z dnia 30.04.2024 r. Zamawiający wzywał do uzupełnienia tych przedmiotowych środków dowodowych.
22. Następnie Zamawiający stwierdził, że w złożonych przez ICS na wezwanie dokumentach brak raportu z badań i wzywał o uzupełnienie tego raportu. Wykonawca ICS wskazał plik w którym miał znajdować się ów raport.

23. W kolejnym wezwaniu z dnia 7.05.2024 r. Zamawiający powołując te samą podstawę prawną tj. art. 107 ust. 2 PZP, ponownie wezwał do złożenia raportu z badań parametrów partii z której pochodzi próbka rękawic ocenianych w ramach kryterium jakościowego oceny ofert. Zamawiający stwierdził jednoznacznie, że złożony raport inspekcji nie jest kompletnym i wiarygodnym dokumentem, który zapewnia przejrzystość oraz łatwość interpretacji wyników. Wskazał szczegółowo wątpliwości, które budził w nim złożony dokument i wezwał wprost do złożenia kopii oryginału raportu z badań i jego tłumaczenia. Zamawiający pozytywnie zweryfikował dokument złożony na ostatnie wezwanie do uzupełnienia.
24. Podkreślenia wymaga, że w sytuacji gdy Zamawiający uznał, złożony na pierwsze wezwanie, dokument za nie potwierdzający wymaganych parametrów, nie miał już możliwości ponownego wezwania do złożenia raportu z badań. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO w procedurze udzielenia zamówienia publicznego obowiązuje zasada jednokrotności wezwania: *„Zatem dyspozycja art. 107 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, w której ustawodawca dopuścił możliwość wezwania wykonawcy do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, lub do ich uzupełnienia dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, lub gdy złożone z ofertą przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne. Użycie spójnika „lub” w tym przepisie należy rozumieć w ten sposób, że w zależności od sytuacji, która wystąpi w postępowaniu o zamówienie, zamawiający kieruje wezwanie do złożenia przedmiotowego środka dowodowego (w sytuacji, gdy nie został on złożony wraz z ofertą) lub kieruje wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego (gdy złożony wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy jest niekompletny). W okolicznościach danego postępowania może być wymagane złożenie wielu przedmiotowych środków dowodowych i w zależności od tego jaka sytuacja będzie mieć miejsce wobec danego środka, treść wezwania może być zróżnicowana, tj. może w odniesieniu do niektórych środków dowodowych dotyczyć złożenia, a wobec innych ich uzupełnienia. Podobnie jak w przypadku wezwania z art. 128 Prawa zamówień publicznych, również tutaj obowiązuje zasada jednokrotnego wezwania.”* (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO/KD 24/22) Jeśli wykonawca tak jak w tym wypadku ICS nie złożył przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, stracił możliwość uzupełnienia dokumentów, w sytuacji, gdy okazało się, że złożony na wezwanie dokument nie jest prawidłowy/nie potwierdza spełniania wymagań przedmiotowych.
25. Ponieważ ICS został wezwany do złożenia raportu z badań partii, nie miał już możliwości ponownego uzupełnienia dokumentu. Z tego względu konieczne jest odrzucenie oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c PZP.

### **III. Zarzut nr 2 i 4 - naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP**

26. Odwołujący znajduje się w sytuacji, gdzie nie może poddać ocenie merytorycznej zgodności oferty ICS, z wymaganymi przez zamawiającego parametrami, z uwagi na fakt

że zamawiający niezasadnie uznał raport z badań za tajemnicę przedsiębiorstwa ICS i podtrzymał utajnienie tego dokumentu.

27. Odwołujący może zatem jedynie przypuszczać, że oferowane przez ICS rękawice nie spełniają wymagań określonych szczegółowo w załączniku nr 2 do SWZ zestawienie asortymentowo - wartościowe.
28. Jedynie z daleko posuniętej ostrożności, ponieważ Odwołujący stoi na stanowisku, że w pierwszej kolejności uwzględniony powinien zostać zarzut zaniechania odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez ICS, odwołujący podnosi, że oferowane przez ICS rękawice nie posiadają wymaganej siły zrywania przed starzeniem min. 7N.
29. Z tego powodu oferta ICS podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

#### **IV. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 17 ust. 2 PZP**

30. Całokształt wskazanych wyżej w uzasadnieniu okoliczności wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający naruszył reguły równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W stosunku do wykonawcy ICS Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny oferty, a jednocześnie odmówił udostępnienia przedmiotowych środków dowodowych uniemożliwiając ocenę prawidłowości merytorycznej oferty ICS. Pominięcie przez Zamawiającego tych istotnych okoliczności, na które wskazuje w odwołaniu Odwołujący, prowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej w Postępowaniu, zamówienie bowiem otrzymuje wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona. Takie działanie wprost narusza również dyspozycję art. 17 ust. 2 PZP, zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W powyższym stanie faktycznym wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.

#### **Załączniki:**

1. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty;
2. Dowody wymienione w treści odwołania;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Pełnomocnictwa dla Julii Jarnickiej wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej
5. Odpis KRS Odwołującego;
6. Dowód przesłania odwołania Zamawiającemu.