

WYROK

z dnia 16 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2022 r. przez wykonawcę PROTEKTOR S.A., ul. Vetterów 24A-24B, 20-277 Lublin,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Konstantynowska 85, 95-100 Zgierz,

przy udziale wykonawcy W. S.A., ul. Szewska 8, 34-400 Nowy Targ, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Gregor S.A.,
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy W. S.A. w zakresie dotyczącym kolorystyki, instrukcji dezynfekcji, instrukcji konserwacji na pudełku, wstawki na języku, skóry wierzchniej i materiału kieszonki, zarzutu dotyczącego uzasadnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy konsorcjum Arlen S.A. i Iturri S.A., i nakazuje zamawiającemu w zadaniu nr 1:
  - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
  - odrzucenie oferty wykonawcy W. S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
  - odtajnienie informacji, w tym wzorów obuwia, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę konsorcjum Arlen S.A. i Iturri S.A.,
  - powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
  - a jeśli nastąpi ponowny wybór najkorzystniejszej oferty - poinformowanie o wyborze najkorzystniejszej oferty i ocenie ofert wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego wskazującego na powody, dla których dana oferta uzyskała w danym kryterium określoną liczbę punktów,

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Skarb Państwa - 31 Wojskowy Oddział

Gospodarczy, ul. Konstancyńska 85, 95-100 Zgierz w części 8/19 oraz odwołującego: PROTEKTOR S.A., ul. Vetterów 24A-24B, 20-277 Lublin w części 11/19, i:

4.1. 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,

4.2. zasądza od zamawiającego: Skarb Państwa - 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Konstancyńska 85, 95-100 Zgierz, na rzecz odwołującego: PROTEKTOR S.A., ul. Vetterów 24A-24B, 20-277 Lublin, kwotę 6 316 zł 00 gr (sześć tysięcy trzysta szesnaście złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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: .....

Sygn. akt KIO 2894/22

#### UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Konstancyńska 85, 95-100 Zgierz, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa w ramach pracy rozwojowej „Trzewiki zimowe” partii prototypowej, wzorów i partii próbnej, wzorów do produkcji seryjnej wraz z materiałami zasadniczymi trzewików zimowych”, numer referencyjny: 46/ZP/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.03.2022 r., nr 2022/S 060-159034.

W dniu 31.10.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę PROTEKTOR S.A., ul. Vetterów 24A-24B, 20-277 Lublin (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie błędnej oceny oferty złożonej przez wykonawcę: W. S.A., uznania jej za zgodną z treścią specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), co w konsekwencji doprowadziło do wyboru tej oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,
- 2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy W. S.A., mimo tego że oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 3) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GREGOR S.A., mimo tego że oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: ARLEN S.A. i ITURRI S.A., mimo tego że oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 5) art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw.

z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu oferty oraz próbek złożonych przez wykonawcę konsorcjum: ARLEN S.A. i ITURRI S.A., pomimo iż informacje te nie zostały zastrzeżone przez wykonawcę zgodnie z wymogami ustawy Pzp, zostały bezzasadnie i nadmiarowo utajnione celem uniemożliwienia pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu weryfikacji, czy wykonawca spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału i nie podlega wykluczeniu, oraz czy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

Oferta W. S.A.

#### „1. Zastosowanie materiału niezgodnego z ZTT

Oferowane przez W. Spółka Akcyjna obuwie zawiera nosek, który wykonany jest z materiału niedopuszczonego ZTT. W ofercie Wykonawca wskazał, że nosek będzie wykonany ze skóry powlekaną PU, wodoodpornej, odpornej na zdrapania. Natomiast w ZTT Zamawiający wskazał, że skóra na wierzchu, gładka licowa trzewików winna być gładka - w konsekwencji Wykonawca w celu spełnienia niżej wskazanego wymogu winien zaferować nosek (jako element wierzchu trzewików zimowych) ze skórą gładką, licową. (...)

2. Materiał otoku oraz brak dokumentacji potwierdzających równoważność zastosowania Zamawiający wskazał na powinność posiadania przez trzewiki gumowego otoku celem zabezpieczenia przed przemakaniem - wymaganie z pkt 5.7.4. ZTT. (...)

Nadmienić należy, że Zamawiający dopuścił wykonanie otoku z innego materiału jednocześnie podtrzymując wymów zabezpieczenia przed przemakaniem poprzez stwierdzenie, że obuwie ma spełniać wymagania ZTT:

Pytanie wykonawcy (...) ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO

Zamawiający informuje, iż w opinii WOBWSM gumowy otok cechuje się zdecydowanie mniejszą przepuszczalnością wody niż skóra, a tym samym pełni rolę uszczelniającą. Otok powinien być wykonany z gumy lub innego materiału w stosunku, do którego Wykonawca/Oferent zagwarantuje trwałość i brak utraty parametrów użytkowych w całym okresie przechowywania i użytkowania przewidzianym dla trzewików zimowych.

W konsekwencji Wykonawca oferujący obuwie posiadające otok z innego materiału niż guma winien wykazać, iż zastosowany materiał jest równie dobry (równoważny) jak otok wykonany z materiału guma. Posiada same parametry wodoodporności i odporności na uszkodzenia jak guma. Zgodnie z przedstawioną dokumentacją w żadnym punkcie Wykonawca W. Spółka Akcyjna nie udowodnił, iż zastosowany materiał ma te same właściwości co Guma. Skóra pokryta PU jest dużo bardziej narażona niż guma na utratę właściwości wodoodpornych przez zarysowania i uszkodzenia części zewnętrznej lica materiałowego.

#### 3. Zabezpieczenie przed przemakaniem

Z dokumentacji załączonej przez Wykonawcę W. Spółka Akcyjna wynika, że oferowane przez niego obuwie posiada szyty otok. W konsekwencji

tak przyjęte rozwiązanie nie zapewnia wymaganego zabezpieczenia przed przemakaniem z następujących powodów:

a) Każdy podział, dodatkowe szycie osłabia szczelność układu. Zastosowania szycia jako technologii połączenia elementów szczelność układu powinna być zabezpieczona dodatkową taśmą uszczelniającą. W specyfikacji Wykonawcy nie wskazano na posiadanie dodatkowych uszczelnień. W konsekwencji należy przyjąć, iż zaproponowane rozwiązanie nie ma wystarczającego zabezpieczenia przed przemakaniem - A taki cel została wskazany przez Zamawiającego w ZTT.

b) Zastosowanie technologii szycia otoku wpływa na pogorszenie parametrów zabezpieczenia przed przemakaniem - tym samym jest niezgodne z ZTT.

Odwołujący pragnie w tym miejscu zaznaczyć, że mając na uwadze przeznaczenie obuwia zasadnym jest zastosowanie otoku gumowego naniesionego na dolną część cholewki w sposób trwały. Wybór innego rozwiązania niesie za sobą szereg wątpliwości: (...)

Ponadto należy podkreślić, że zaferowane przez Wykonawcę buty ze skóry powlekaną PU nie zapewniają wytrzymałości i zachowania obuwia w stanie niepogorszonym przez okres 7-8 lat. W treści dokumentów zamówienia Zamawiający wskazał bowiem na taki okres

magazynowania.

#### 4. Ciepłochronność

Zgodnie z pkt 5.1.1. ZTT: Trzewiki zimowe powinny spełniać następujące kryteria dotyczące ich przeznaczenia: gwarantować właściwą ciepłochronność i nieprzemakalność dla użytkownika w warunkach zimowych;

(...) But W. Spółka Akcyjna nie posiada ciepłochronności bez skarpety ponieważ:

1. nie zastosowano materiału o właściwościach ciepłochronności w cholewce. Należy zwrócić uwagę, że to jest but zimowy (jako zimowy powinien mieć w standardzie właściwości ciepłochronne - tego też oczekuje dokumentacja). Przedmiotem zamówienia nie jest zakup buta letniego z możliwością docieplenia (w momencie użycia skarpety). W konsekwencji sam trzewik powinien być ciepły.
2. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że dokonanie zamiany materiału Thinsulate na inny skutkuje pozbawieniem lub znacznym ograniczeniem ciepłochronności obuwia. Stosowanie zamienników, które nie mają odpowiednich badań powoduje, że wykazują się one słabą skutecznością jeśli chodzi o zapewnienie ciepłochronności.
3. Odwołujący zaznacza, że zastosowany przez niego materiał Thinsulate ma badania i wskazane wprost właściwości ciepłochronności. Jest to materiał powszechnie stosowany w obuwiu właśnie dla zachowania parametrów ciepłochronności. Zastosowany materiał przez Wykonawcę W. Spółka Akcyjna nie ma badań lub Wykonawca ich nie przedstawił. Tym samym nie zostało udowodnione, iż materiał posiada odpowiednie właściwości ciepłochronne.

Tym samym z dokumentacji przedstawionej przez Wykonawcę wynika, że oferowane obuwie zimowe nie posiada ciepłochronności z uwagi na brak zastosowania materiału o właściwościach ciepłochronności w cholewce. W konsekwencji, z uwagi na niespełnienie wymogu w zakresie ciepłochronności - oferta Wykonawcy W. Spółka Akcyjna winna podlegać odrzuceniu.

#### 5. Kolorystyka

Oferowane przez Wykonawcę W. Spółka Akcyjna nie spełniają wymogu w zakresie posiadania odpowiednich kolorów. Zamawiający nie dopuszczał koloru czarnego - wymagane z pkt 5.1.2. ZTT. Podczas wglądu ustalono, że kolor czarny znajduje się na następujących elementach:

1. Podeszwa - kolor czarny warstwa gumowa (...)

Kieszonka na sznurowadła - kolor czarny (...)

Tym samym oferowany model trzewika nie spełnia wymagań określonych w dokumentach zamówienia, co uzasadnia odrzucenie oferty.

#### 6. Dokumentacja konserwacji i pielęgnacji

Wymagania Zamawiającego w zakresie ww. zabiegów konserwacyjnych i dezynfekcyjnych są jasne. Natomiast z dokumentacji złożonej przez Wykonawcę W. Spółka Akcyjna nie załączono zasad dotyczących dezynfekcji obuwia. Tym samym można stwierdzić, iż oferent nie spełnił wymogu ZTT z punktu 5.4.11

#### 7. Cechowanie

Ponadto podczas wglądu Odwołujący ustalił, że poddany ocenie model trzewika nie posiada cechowania zgodnego z wymaganiami zawartymi w ZTT. pkt 7.2.2. Mianowicie stwierdzono:

1. Niewłaściwą czcionkę.
2. Brak zasad konserwacji i przechowywania na pudełku (napisane ze w środku) a ZTT wymagało oznaczenia na pudełku.
8. Brak wstawki na języku

Wstawka na języku: Zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt 5.7.4. ZTT oferowane obuwie miało posiadać język na wysokości przegubu stopy powinien posiadać wstawkę z miękkiej skóry zapewniającej jego układalność.

Podczas wglądu Odwołujący ustalił, że trzewik oferowany przez Wykonawcę nie posiada

wstawki z materiału miękkiego. Tym samym oferowany model trzewika nie spełnia wymagań określonych w dokumentach zamówienia, co uzasadnia odrzucenie oferty. (...)

#### 9. Prawdliwość zastosowanych skór wierzchnich

Skóra wierzchnia:

Odwołujący podczas wglądu ustalił, że Wykonawca zastosował na wierzchach trzewików skórę inną niż wymagana w treści dokumentów zamówienia. Zamawiający nie dopuszczał zastosowania na wierzchach trzewików skóry innej niż gładka licowa, nietłoczone. Oferowany model przez Wykonawcę posiada skórę tłoczoną co nie jest zgodne z wymogiem zawartym w pkt 5.7.2. ZTT. Tym samym oferowany model trzewika nie spełnia wymagań określonych w dokumentach zamówienia, co uzasadnia odrzucenie oferty. (...)

#### 10. Prawdliwość rozwiązania konstrukcyjno - materiałowego

Podczas wglądu Odwołujący ustalił, że oferowany przez Wykonawcę model obuwia nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.7.3. ZTT, który brzmi: (...)

Odwołujący natomiast ustalił, że model oferowany przez Wykonawcę posiada kieszonkę wykonaną z materiału a nie ze skóry. (...)

#### 11. Konstrukcja wkładki typu „skarpeta”

Ponadto Odwołujący ustalił, że cholewka wkładki nie jest osłonięta obustronnie materiałem tekstylnym (dzianiną lub tkaniną). Zgodnie z pkt 5.7.6. ZTT:

(...) Osłonięcie obustronne membrany było wymogiem ZTT. Ponadto na zdjęciu powyżej widać uszczelnianie szwów łączenia membrany. Ten sposób przygotowania wkładki wysokiej zwiększa ryzyko jej uszkodzenia i niespełnienia głównego zadania jaki jest:

1. Wodoszczelność (każde uszkodzenie, otarcie membrany powoduje osłabienie jej parametrów)
2. Ciepłochronność - jednowarstwowy materiał nie stanowi docieplenia - co ZTT wyraźnie wskazuje.

Membrana jest dodatkowo osłabiona sposobem montażu taśmy samoszczepnej. Jako że nie ma żadnego wzmocnienia osłony - każde odczepianie i wyzuvania i wkładanie może powodować jej uszkodzenie, rozciąganie.

#### 12. Waga obuwia

Odwołujący podczas dokonywania wglądu ustalił, że istnieje rozbieżność w wadze między prawą i lewą półparą o około 30g

1. Jedna półpara waży 910g
2. Druga półpara waży 880 g

Nie jest standardem w obuwnictwie tak duża różnica w wadze między parami przy zastosowaniu tych samych materiałów,

W przypadku, gdyby obie półpary ważyły 910g waga pary obuwia będzie większa niż 1800 g. Powyższe wskazuje na możliwość niespełnienia przez oferowane obuwie wymogu określonego w pkt 5.1.1. ZTT.

#### 13. Wkładka obuwia

Dodatkowo ustalono, że wkładka stosowana w obuwiu nie spełnia wymagania określonego w pkt 5.7.6. ZTT, który brzmi: (...)

Podczas wglądu stwierdzono, że wkładka ulega zgnieceniom oraz marszczeniom - podstawie stanowią stan zastany podczas dokonywania wglądu. Powyższe tym samym wskazuje na dużą podatność wkładki na tego rodzaju deformacje. Powyższe powinno być brane pod uwagę przy dokonywanej ocenie ofert w ramach kryteriów jakościowych. Ilość przyznanych punktów ofercie Wykonawcy świadczy o tym, że członkowie komisji oceniającej nie uwzględnili tych elementów, które powinny w sposób istotny obniżyć ilość możliwych do uzyskania w tej sytuacji punktów. (...)

#### 14. Sposób realizacji wkładki typu „skarpeta”

Dodatkowo stwierdzono, że oferowany model nie spełnia wymagania dotyczącego braku sznurowania cholewki wkładki. W poddanym ocenie, oferowanym modelu Wykonawca zastosował wkładkę sznurowaną tym samym sznurowadłem co cały but. (...)

#### 15. Materiał podeszwy

(...) Wg ZTT: Obuwie musi wytrzymać 8 lat w magazynie i potem 6 lat użytkowania. Zamawiający jednoznacznie stwierdził w odpowiedziach: Niedopuszczalne jest aby: „użyte materiały podlegały degradacji, zmieniła się ich skład chemiczny”

W załączeniu materiał z instytucji badawczej o materiale PU, jego odporności na długie przechowywanie i szybkości utraty parametrów użytkowych. Na bazie opracowania można stwierdzić, iż oferowane obuwie nie spełnia warunku 8 lat przechowywania bez utraty parametrów. W maksymalnym okresie 8 lat PU ulega degradacji, na 100% nie można przyjąć, iż nie pogorszą się parametry, co jest oczekiwaniem Zamawiającego.

Kolejnym faktem, jeżeli mówimy o konieczności nie pogorszenia się parametrów użytkowych obuwia musimy pamiętać o wprost wskazanym parametrze Absorbacja energii w pięcie - wg ZTT. (...) Pogorszenie się właściwości PU wpływa wprost na pogorszenie się właściwości absorpcji energii. (...)

Zamawiający dokonywał oceny złożonych ofert przy zastosowaniu następujących kryteriów oceny:

(...) Wygląd ogólny trzewików zimowych, estetyka wykonania, brak rażących odcieni kolorystycznych między elementami obuwia, symetria elementów w półparach - 15,

Wygląd ogólny wyściółek, estetyka wykonania, jakość użytych materiałów, ergonomia - wyprofilowanie, symetria elementów w półparach - 15. (...)

Na szczególną uwagę zasługują kryteria ocenne, określone w pkt 3 i 4. W związku z tym, iż ocena złożonych ofert w ramach tych kryteriów była subiektywna i ocenna przez co nie było możliwe wskazanie obiektywnych, mierzalnych punktów odniesienia - Zamawiający w celu zapewnienia zachowania podstawowych zasad postępowania zobowiązany był do dokonania przejrzystej oceny złożonych ofert. W konsekwencji za niewystarczające uznać należy poinformowanie wykonawców o zastosowanym kryterium oraz liczbie punktów, jakie wykonawca otrzymał w ramach danego kryterium. W związku z tym, że mamy do czynienia z kryterium subiektywnym, ocenym - Zamawiający zobowiązany był do zapewnienia, aby ocena w ramach tych kryteriów była dokonana w sposób przejrzysty. Przedstawione dokumenty takich uzasadnień dla przyznania punktów na określonym poziomie - nie zawierają. Przepisy ustawy Pzp nie zakazują stosowania jakościowych kryteriów oceny ofert, które charakteryzują się pewnym poziomem subiektywizmu. Ocena ofert w ramach takiego kryterium może stanowić wypadkową ocen dokonywanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej. Zamawiający obowiązany jest w związku z tym zapewnić taki sposób oceny, aby nie była ona dokonywana w sposób dowolny. (...) Powyższe stanowi wystarczające uzasadnienie do nakazania Zamawiającemu unieważnienia dokonanej oceny ofert i nakazania jej powtórzenia. (...)

Oferta Gregor S.A.

#### „1. Kolorystyka

(.) Kolor czarny wystąpił w:

1. Otok (taśma gumowa) kolor czarny
2. Podeszwa - kolor czarny
3. Kieszonka na sznurowadła - kolor czarny.

#### 2. Cechowanie

Model trzewika poddany ocenie w ramach kryteriów oceny ofert: posiada nazwę producenta na etykiecie obuwia (wszywka na języku) i etykiecie kartonu jednostkowego, zastosowano niewłaściwą czcionkę.

#### 3. Prawidłowość rozwiązania konstrukcyjno - materiałowego

(...) Odwołujący natomiast ustalił, że model oferowany przez Wykonawcę posiada kieszonkę wykonaną z materiału a nie ze skóry.

#### 4. Prawdliwość zastosowanych skór wierzchnich

Odwołujący podczas wglądu ustalił, że Wykonawca zastosował na wierzchach trzewików skórę inną niż wymagana w treści dokumentów zamówienia. Zamawiający nie dopuszczał zastosowania na wierzchach trzewików skóry innej niż gładka licowa, nietłoczone. Oferowany model przez Wykonawcę posiada skórę tłoczoną co nie jest zgodne z wymogiem zawartym w pkt 5.7.2. ZTT. (...)

#### 5. Brak wstawki na języku

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt 5.7.4. ZTT oferowane obuwie miało posiadać Język na wysokości przegubu stopy powinien posiadać wstawkę z miękkiej skóry zapewniającej jego układalność. Podczas wglądu Odwołujący ustalił, że trzewik oferowany przez Wykonawcę nie posiada wstawki z materiału miękkiego. (...)

#### 6. Prawdliwość i zgodność rozmiarowa poszczególnych elementów obuwia.

Odwołujący podczas wglądu ustalił, że Wykonawca przedstawił do oceny w ramach kryteriów oceny wkładkę typu skarpetka w rozmiarze mniejszym niż wymagane - tj. zamiast 42 przedstawiono 41. Powyższe ma wpływ na wagę obuwia i w konsekwencji na ocenę tego, czy oferowane obuwie spełnia wymagania Zamawiającego określone w dokumentach zamówienia. Komponenty obuwia, przedstawione w mniejszym rozmiarze wpływał na wagę - obniżając ją. (...)

Ponadto: Występuje niezgodność w wielkościowa wkładek (nie skarpetka) - kolejny argument dla wagi.

#### 7. Konstrukcja wkładki typu „skarpetka”

Ponadto Odwołujący ustalił, że cholewka wkładki nie jest osłonięta obustronnie materiałem tekstylnym (dzianiną lub tkaniną). (...)

Oslonięcie obustronne membrany było wymogiem ZTT. Ponadto na zdjęciu powyżej widać uszczelnianie szwów łączenia membrany. Ten sposób przygotowania wkładki wysokiej zwiększa ryzyko jej uszkodzenia i niespełnienia głównego zadania jaki jest:

3. Wodoszczelność (każde uszkodzenie, otarcie membrany powoduje osłabienie jej parametrów)

4. Ciepłochronność - jednowarstwowy materiał nie stanowi docieplenia - co ZTT wyraźnie wskazuje. (...)

#### 8. Symetria obuwia w parach

Podczas wglądu Odwołujący ustalił, że w poddanym ocenie obuwia Wykonawcy brakuje symetrii w parach. (...) Ponadto Zamawiający ustalił, że przedłożone do oceny obuwie posiada złą jakość wykonania - stwierdzono, że występują:

1. Zabrudzenia

2. nieprawidłowe, niedokładne, nieestetyczne przyklejenia

3. zastrzeżenia co do jakości połączenia elementów za pomocą szycia (nierówna długość ściegu, krzywe szycia itd.) (...)

Ad. 4. Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum ARLEN S.A. (Lider Konsorcjum) i ITURRI S.A. (Partner Konsorcjum) z uwagi na wadliwą ocenę oferty i uznanie jej za zgodną z warunkami zamówienia.

Odwołujący w tym miejscu chciałby podkreślić, iż nie uzyskał dostępu do dokumentów Wykonawcy ani też do modelu obuwia poddanego ocenie. Niemniej jednak Odwołujący, posiadając wiedzę wynikającą ze znajomości produktów i rozwiązań stosowanych przez konkurencję działającą na rynku, posiada uzasadnione podstawy co do stwierdzenia, że zastosowane przez Wykonawcę rozwiązania nie są w pełni zgodne z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w ZTT. Niemniej jednak, wskutek nieudostępnienia przez Zamawiającego ww. dokumentów oraz modelu obuwia Odwołujący został bezprawnie pozbawiony możliwości weryfikacji oferty złożonej przez Wykonawcę oraz weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny oferty z zastosowaniem ustalonych kryteriów oceny ofert.

Ad. 5. Tajemnica przedsiębiorstwa:

Odwołujący zarzuca, że Wykonawca - Konsorcjum ARLEN S.A. (Lider Konsorcjum) i ITURRI

5. A. (Partner Konsorcjum) w sposób nieprawidłowy dokonało zastrzeżenia informacji zawartych w składanej ofercie w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca zastrzegł w treści formularza ofertowego, że informacje zawarte na stronach od 16 - 146 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Do oferty zostało załączone uzasadnienie, które w przekonaniu Wykonawcy stanowiło wystarczający dowód na to, że zawarte na tych stronach informacje wyczerpują znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa, podlegającej ochronie na podstawie ustawy PZP. Niemniej jednak mając na uwadze, iż art. 11 ust. 2 u.z.n.k. wymaga łącznego spełnienia przesłanek do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa,

Odwołujący wskazuje, co następuje: Konsorcjum ARLEN S.A. (Lider Konsorcjum) i ITURRI S.A. (Partner Konsorcjum) nie wykazało, iż informacje zawarte w w/w dokumentach posiadają wartość gospodarczą. (.)

W tym miejscu należy nadmienić, że oprócz pisma zawierającego ogólne oświadczenie co do faktu, że informacje zawarte na wskazanych stronach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz oświadczenie co do tego, że wykonawca nie udostępni tych informacji osobom trzecim nie można uznać za wykonanie obowiązku wykazania. (...) Jednocześnie należy podkreślić, że nie jest rolą ani obowiązkiem Zamawiającego dokonywanie oceny tego, czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie uprawniony jest on do ustalenia, czy Wykonawca który tak twierdzi, powyższe wykazał. (...)

W sytuacji, w której Wykonawca nie wykaże, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający ma obowiązek odtajnienia nieprawidłowo zastrzeżonych informacji."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: W. S.A., GREGOR S.A., konsorcjum: ARLEN S.A. i ITURRI S.A.,
- 5) dokonania czynności ujawnienia (odtajnienia) i przekazania odwołującemu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty oraz próbki obu wykonawcy konsorcjum: ARLEN S.A. i ITURRI S.A.

Pismem z dnia 04.11.2022 r. wykonawca W. S.A., ul. Szewska 8, 34-400 Nowy Targ

(dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 14.11.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 14.11.2022 r. również przystępujący przedstawił swoją argumentację.

W trakcie posiedzenia odwołujący cofnął zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Gregor S.A. W związku z tym postępowanie odwoławcze w zakresie cofniętych zarzutów podlegało umorzeniu, zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie w trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymały swoje

stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest przygotowanie partii prototypowej dwóch wariantów trzewików zimowych po 141 par zgodnie z Załoženiami Taktyczno-Technicznymi (ZTT) do badań użytkowych, na podstawie których będzie wybrany wskazany przez użytkowników

jeden wariant trzewików zimowych do dalszych etapów realizacji pracy rozwojowej „Trzewiki zimowe”. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy zadania nr 1 - trzewik zimowy skórzany.

W pkt 15.1. SWZ zamawiający żądał, by wykonawca złożył wraz z ofertą (dla każdego zadania osobno) jako przedmiotowy środek dowodowy, w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych w SWZ, próbkę - wzór oferowanego przedmiotu zamówienia, tj. jedną parę trzewików zimowych (dla zadania Nr 1 - trzewiki zimowe skórzane).

W dniu 20.07.2022 r. w zadaniu nr 1 złożono 4 oferty. Konsorcjum Arlen S.A. i Iturri S.A. zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje składające się na ofertę od str. 16 do str. 146. W uzasadnieniu ww. konsorcjum wskazało:

„(...) zastrzegam jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zaofiarowane wzory trzewików oraz informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne zawarte w załączonych dokumentach: opisie ogólnym przedmiotu zamówienia, zestawieniu materiałów i dodatków, parametrach surowców użytych do wykonania wzorów przedmiotu zamówienia, rysunkach technicznych, opisie technologii wytwarzania i wymaganiach dotyczących konserwacji.

Wnoszę o zachowanie poufności i nieudostępnianie ww. dokumentów pozostałym uczestnikom postępowania oraz innym podmiotom, poza osobami reprezentującymi Zamawiającego.

Konsorcjum firm Arlen S.A. i Iturri S.A. oferuje przedmiot zamówienia, który jest nowym projektem trzewików zimowych, opracowanym indywidualnie na potrzeby niniejszego przetargu i zestawienie w całość załączonych informacji stanowi wartość gospodarczą, która ma na celu osiągnięcie korzyści handlowych. Są to informacje techniczne określające szczególnie dla nas sposób wykonania przedmiotu zamówienia, technologię wykonania, wybór określonych surowców i źródła ich pozyskania i parametry techniczne. Przedstawione projekty są efektem całokształtu doświadczenia i wiedzy wykonawcy i nigdy nie były udostępnione publicznie.

Złożone wzory mogą firmom konkurencyjnym ujawnić informacje nt. konstrukcji, surowców i technologii. Również zastrzeżone dokumenty złożone w całość nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Podjęliśmy niezbędne starania w celu zachowania ich poufności i nie ujawniania do wiadomości publicznej.

W tym celu zostały wdrożone specjalne rozwiązania organizacyjne ograniczające ilość osób mających dostęp do tych informacji, a z osobami, które uczestniczą w przygotowaniu naszej oferty zostały podpisane specjalne umowy o zakazie konkurencji i zachowaniu w tajemnicy informacji związanych z wykonywaniem obowiązków służbowych.

Jednocześnie podkreślamy, że wiedza w zakresie przyjętej organizacji pracy, określenia łańcucha dostaw, technologii i metod wykonania oferowanego przedmiotu zamówienia stanowią jedną z najistotniejszych wartości firmy. Z tego powodu zasadne jest uznanie ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Pismem z dnia 25.10.2022 r. zamawiający poinformował, że w zadaniu nr 1 za najkorzystniejszą została uznana oferta przystępującego. Ponadto zamawiający zamieścił tabelę z punktacją:

ZADANIE NR 1				
Nr oferty	OFERTA 11461ZP122	OFERTA 21461ZP122	OFERTA 31461ZP122	OFERTA 41461ZP122
Wykonawca	PROTEKTOR Spółka Akcyjna Lublin	Konsorcjum: Lider: ARLEN S.A. Warszawa Partner: ITURRI S.A. Sevilla	W. Spółka Akcyjna Nowy Targ	GREGOR Spółka Akcyjna Pszczółki

Rodzaj kryterium	Liczba punktów (waga)			
Cena brutto oferty	40,00	27,99	36,12	24,88
Masa (waga) pary trzewików zimowych	5,00	5,00	5,00	5,00
Wygląd ogólny trzewików zimowych, estetyka wykonania, brak rażących odcieni kolorystycznych między elementami obuwia, symetria elementów w półparach.	6,78	13,22	11,65	8,91
Wygląd ogólny wyściótek, estetyka wykonania, jakość użytych materiałów, ergonomia - wyprofilowanie, symetria elementów w półparach.	5,52	11,35	12,22	9,52
Zastosowanie wyjmowanych wkładek (skarpet)	15,00	15,00	15,00	15,00
Punkty razem	72,30	72,56	79,99	63,31

W odpowiedzi na wniosek odwołującego z dnia 25.10.2022 r. zamawiający udostępnił w dniu 28.10.2022 r. skany ofert z załącznikami oraz notatkę służbową z wyboru ofert wraz z kartami oceny ofert, a także wskazał na możliwość zapoznania się z wzorami trzewików.

Odwołujący poinformował, że chciałby obejrzeć wzory obuwia w dniu 31.10.2022 r. Odwołującemu nie udostępniono próbki i dokumentów złożonych przez konsorcjum Arlen

S.A. i Iturri S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, zgodnie z którym odwołujący powinien wnieść odwołanie na wcześniejszym etapie postępowania, tj. na treść specyfikacji warunków zamówienia, zwłaszcza w zakresie kryteriów oceny ofert, gdyż na obecnym etapie może kwestionować wyłącznie oświadczenia przystępującego. Należy odróżnić etap postępowania przed upływem terminu składania ofert, kiedy to wykonawcy mogą kwestionować w odwołaniu postanowienia dokumentów zamówienia, od etapu po upływie terminu składania ofert, kiedy to wykonawcy mogą kwestionować w odwołaniu sposób dokonania przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert. Odwołujący wyraźnie wniósł odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty i ocenę innych ofert, natomiast w jego odwołaniu w ogóle nie są kwestionowane postanowienia specyfikacji. Dlatego też należy stwierdzić, że odwołanie to zostało wniesione na właściwym etapie postępowania i w przewidzianym ustawowo terminie. Stanowisko przystępującego jest zresztą niekonsekwentne, gdyż mimo podniesienia ww. argumentacji, nie wniósł on jednocześnie o odrzucenie odwołania jako spóźnionego (art. 528 pkt 3 ustawy Pzp), przy czym należy podkreślić, że wniosek taki byłby bezzasadny.

#### Zarzuty dotyczące oferty przystępującego W. S.A.

W pierwszej kolejności Izba odnieść się do argumentacji przystępującego, sugerującej brak konieczności spełnienia wszystkich wymogów opisanych w ZTT z uwagi na to, że zamawiający prowadzi pracę rozwojową, w trakcie której dopiero weryfikowane będą różne właściwości prototypu trzewika zimowego. Wobec takiej argumentacji

przystępującego, należy zwrócić uwagę, że w rozdziale III pn. „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia zamawiający wskazał: Przedmiotem zamówienia jest przygotowanie partii prototypowej dwóch wariantów trzewików zimowych po 141 par

zgodnie z Załoženiami Taktyczno-Technicznymi (ZTT) do badań użytkowych, na podstawie których będzie wybrany wskazany przez użytkowników jeden wariant trzewików zimowych do dalszych etapów realizacji pracy rozwojowej „Trzewiki zimowe”. Z ww. postanowienia jasno wynika, że prototyp trzewika miał być przygotowany zgodnie z ZTT. Dodatkowo udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, zamawiający wielokrotnie odwoływał się do wymagań opisanych w ZTT, jak również wskazywał na konieczność przygotowania trzewika zgodnie z wymogami ZTT, np. w odpowiedziach z dnia 04.07.2022 r. na pytania 1, 2, 5: „Oferta powinna być zgodna z ZTT, Zamawiający dopuszcza złożenie dodatkowych innych rozwiązań”, czy „Oferta powinna spełniać wymagania ZTT. (...)”. Z powyższego wynika, że niezależnie od tego, że na wybranym trzewiku prowadzone będą dalsze badania w ramach pracy rozwojowej, już na obecnym etapie składany jako próbką trzewik musiał spełniać te wymagania, które zostały opisane w ZTT (stosownie do stopnia szczegółowości danego wymogu).

Argumentacja przystępującego nie znajduje zatem potwierdzenia w przytoczonych wyżej postanowieniach swz i odpowiedziach zamawiającego, a ponadto przyjęcie jej za właściwą stawiałoby pod znakiem zapytania sens prowadzenia w ogóle przetargu. Należy bowiem przypomnieć, że obowiązkiem zamawiającego jest najpierw dokonanie czynności badania ofert (w tym próbek) pod kątem m.in. zgodności z warunkami zamówienia i odrzucenie ofert niezgodnych z tymi warunkami, a następnie dokonanie oceny ofert niepodlegających odrzuceniu wg kryteriów oceny ofert, czyli przyznanie nieodrzuconym ofertom właściwej punktacji. Wyłącznie bowiem oferty niepodlegające odrzuceniu podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. W świetle argumentacji przystępującego kwestionującej wiążący charakter ZTT, nie wiadomo zatem, jak zamawiający miałby dokonać obligatoryjnej czynności badania ofert pod kątem zgodności z warunkami zamówienia, jeżeli w istocie nie istniałyby żadne warunki zamówienia. Tym samym, w świetle ww. argumentacji, skoro nie byłoby w ZTT żadnych wiążących warunków zamówienia, którym przygotowywane przez wykonawców trzewiki muszą odpowiadać, to każdy wykonawca mógłby przedstawić jako próbkę dowolny but, który byłby oceniany od razu w kryteriach oceny ofert pod kątem ilości przyznawanych punktów. Jak wskazano już wyżej, przyjęcie takiej argumentacji, byłoby nie tylko niezgodne z ww. przytoczonymi postanowieniami z dokumentacji postępowania, ale też podważałoby prowadzenie w tej sprawie przetargu w oparciu o przepisy ustawy Pzp. Dlatego rozpoznając zarzuty odwołującego Izba odnosiła się do wymagań opisanych w ZTT.

Przechodząc zatem do każdego z poszczególnych zarzutów postawionych wobec próbki trzewika przygotowanego przez przystępującego, Izba ustaliła, co następuje.

#### 1. Zastosowanie materiału niezgodnego z ZTT.

Zgodnie z pkt 5.7.2 ZTT: Skóry zastosowane w wierzchach trzewików zimowych winny być licowe gładkie, nietłoczone o właściwościach hydrofobowych i grubości nie większej niż 2,2 mm. Niedopuszczalne jest stosowanie dwoin skór.

Postawiony zarzut dotyczył tego, że nosek w bucie jest wykonany z materiału niedopuszczonego ZTT, bo nie jest gładki. Odwołujący wskazywał w tym zakresie na skórę, z której wykonany jest otok buta, który biegnie także przez część zwaną noskiem. Izba zwraca jednak uwagę, że zamawiający postawił w ZTT odrębne wymagania dotyczące konkretnie otoku i w związku z tym należy uznać, że wymagania co do skóry na wierzchu trzewika, w tym na nosku, nie odnoszą się do otoka. Otok stanowi odrębny element buta, który ma spełniać odrębne wymagania i nie ma do niego zastosowania pkt 5.7.2. ZTT w wyżej cytowanym fragmencie. Dlatego zarzut został uznany za niezasadny.

#### 2. Materiał otoku oraz brak dokumentacji potwierdzających równoważność zastosowania.

Zgodnie z pkt 5.4.7. ZTT: Połączenie podeszwy i cholewki powinno być uszczelnione gumowym otokiem. Zgodnie z pkt 5.7.4. ZTT: Połączenie podeszwy z cholewką powinno być zabezpieczone przed przemakaniem za pomocą gumowego otoku. W odpowiedzi z dnia 06.04.2022 r. na pytanie jednego z wykonawców zamawiający wskazał: „Zamawiający informuje, iż w opinii WOBWSM gumowy otok cechuje się zdecydowanie mniejszą przepuszczalnością wody niż skóra, a tym samym pełni rolę uszczelniającą. Otok powinien być wykonany z gumy lub innego materiału w stosunku, do którego Wykonawca/Oferent zagwarantuje trwałość i brak utraty parametrów użytkowych w całym okresie przechowywania i użytkowania przewidzianym dla trzewików zimowych”.

Z powyższego wynika, że zamawiający pierwotnie wymagał otoku z gumy, ale następnie dopuścił jego wykonanie z innego materiału, o ile wykonawca zagwarantuje trwałość i brak utraty parametrów użytkowych. Przy czym zamawiający nie wymagał, aby ta trwałość i brak utraty parametrów użytkowych zostały w jakikolwiek sposób wykazane / udowodnione. Nie oceniając w tym miejscu, czy brak takiego wymagania był czy nie był zasadny na tym etapie procedury realizacji projektu, przede wszystkim należy stwierdzić, że

skoro zamawiający nie postawił wymogu wykazania parametrów w ww. zakresie, to nie można zarzucać przystępującemu brak złożenia dokumentu potwierdzającego równoważność materiału zastosowanego w otoku zamiast gumy. W świetle przytoczonej wyżej odpowiedzi zamawiającego wystarczające było bowiem złożenie przez wykonawcę oświadczenia o spełnieniu ww. wymagań. Dlatego zarzut został uznany za niezasadny.

### 3. Zabezpieczenie przed przemakaniem.

Zgodnie z pkt 5.1.1. ZTT: Trzewiki zimowe powinny spełniać następujące kryteria dotyczące ich przeznaczenia: gwarantować właściwą ciepłochronność i nieprzemakalność dla użytkowania w warunkach zimowych. Zgodnie z pkt 5.5.2. ZTT: W okresie minimum 8 letniego przechowywania parametry techniczoużytkowe nie mogą ulec pogorszeniu.

Odwolujący podnosił, że obuwiu przystępującego posiada szyty otok, a w konsekwencji tak przyjęte rozwiązanie nie zapewnia wymaganego zabezpieczenia przed przemakaniem.

Izba stwierdziła, że po pierwsze, zamawiający nie wyłączył możliwości zszycia otoku z pozostałą częścią buta. Po drugie, wymagana w ZTT nieprzemakalność została określona jako „właściwa”, przy czym zamawiający nie skonkretyzował, co oznacza ta „właściwość”. Należy się zgodzić, że każde szycie osłabia w jakimś zakresie szczelność produktu, ale też mało który materiał jest całkowicie nieprzemakalny. Skoro zatem zamawiający dopuścił wykonanie otoku z materiału innego niż guma, a jednocześnie nie doprecyzował, jaki poziom wymaganej nieprzemakalności będzie „właściwy”, to nie można uznać, że szycie zastosowane przez przystępującego jednoznacznie powoduje niespełnienie wymogu „właściwej” nieprzemakalności. W konsekwencji Izba uznała też za nieudowodnioną argumentację o braku 8-letniej trwałości buta. Dlatego zarzut został uznany za niezasadny.

### 4. Ciepłochronność.

Zgodnie z pkt 5.1.1. ZTT: Trzewiki zimowe powinny spełniać następujące kryteria dotyczące ich przeznaczenia: gwarantować właściwą ciepłochronność i nieprzemakalność dla użytkowania w warunkach zimowych.

Odwolujący podnosił, że obuwiu przystępującego zapewnia ciepłochronność tylko dzięki zastosowanej skarpecie (wkładce), podczas gdy z ZTT wynika, że cały trzewik ma spełniać ten wymóg. Ponadto wskazał, że zamawiający odnosił się niejednokrotnie do rozwiązań stosowanych przy innym trzewiku gumowym, do którego użyto materiału Thinsulate, zaś przystępujący użył w skarpecie pianki PU 3 mm, ale brak szczegółowego opisu w dokumentacji nie pozwala na określenie jej gęstości.

Po pierwsze zatem, należy zauważyć, że odwoływanie się do rozwiązań zastosowanych przy innym bucie, nie oznacza, że zamawiający wymagał zastosowania również w tym przypadku materiału Thinsulate. Taki wymóg nie pojawił się w ZTT. Po drugie, podobnie jak przy nieprzemakalności, ciepłochronność została przewidziana przez zamawiającego na niedookreślonym „właściwym” poziomie. Po trzecie, o ile można zgodzić się, że wymóg ciepłochronności w pkt 5.1.1. ZTT odnosi się do całego trzewika, o tyle w pkt 5.4.8. ZTT zamawiający dopuścił „rozwiązanie konstrukcyjne Trzewików zimowych z wykorzystaniem wyjmowanej wkładki. W tym przypadku wkładka z wyściółką płaską powinna zapewniać wysoką izolacyjność cieplną (...)”. Tym samym należy uznać, że

zapewnienie ciepłochronności z wykorzystaniem wkładki (skarpety) również było dopuszczalne. Potwierdza to pośrednio odpowiedź z dnia 06.04.2022 r., w której zamawiający wskazał: „Trzewik zimowy będzie używany przez żołnierzy w okresie zimowym, zarówno w pomieszczeniach, jak i w czasie wykonywania zadań w terenie. Jednoczesne spełnienie wymagań komfortu cieplnego dla warunków jakie panują w pomieszczeniach czy pojazdach (temperatury zbliżone do pokojowych) i w terenie przy silnych mrozach jest niemożliwe. Wkładka ma działać podobnie jak podpinka w kurtkach. Trzewiki bez wkładek będą bardziej elastyczne i umożliwią prowadzenie pojazdów mechanicznych”. Z odpowiedzi tej pośrednio wynika, że ciepłochronność ma zapewniać przede wszystkim skarpeta, dzięki czemu trzewik bez skarpety będzie lepiej spełniał swoją rolę w pomieszczeniach, czy pojazdach. Z uwagi na powyższe ustalenia zarzut został uznany za niezasadny.

### 5. Kolorystyka.

Zgodnie z pkt 5.1.2. ZTT: Trzewiki zimowe powinny być wykonane w kolorze dostosowanym do wyposażenia indywidualnego żołnierzy, nieobniżającym skuteczności maskowania, w kolorze (kolorach) dostosowanym do kolorów nadruku maskującego określonego w pkt 2.2 NO-84-A203:2020, z wyłączeniem koloru czarnego.

Odwolujący podnosił, że w obuwiu przystępującego kolor czarny znajduje się na podeszwie oraz na kieszonce na sznurowadła. Zamawiający z kolei wskazywał, że ww.

postanowienie ZTT odnosi się do wskazanej normy i wyłączenie koloru czarnego dotyczy odcienia czerni określonego w tej normie.

Izba stwierdziła, że w ww. postanowieniu zamawiający odnosił się do normy w zakresie wymaganych kolorów dostosowanych do kolorów nadruku maskującego, natomiast w dalszej części zdania wyłączył kolor czarny bez sprecyzowania, że chodzi wyłącznie o odcień czerni przewidziany w ww. normie. Tym samym należy uznać, że kolor czarny został wyłączony całkowicie, w każdym odcieniu, niezależnie od ww. normy. Tymczasem podeszwy i kieszonka w bucie przystępującego, mają kolor czarny. Dlatego zarzut został uznany za zasadny, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

#### 6. Dokumentacja konserwacji i pielęgnacji.

Zgodnie z pkt 5.4.11. ZTT: Czynności związane z konserwacją i dezynfekcją powinny być określone w instrukcji konserwacji i dezynfekcji, powinny być wykonywane z użyciem ogólnie dostępnych środków.

Odwolujący postawił zarzut, zgodnie z którym przystępujący nie przedstawił instrukcji dezynfekcji. Zamawiający i przystępujący nie zaprzeczyli tak postawionemu zarzutowi. Dlatego zarzut został uznany za zasadny, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

#### 7. Cechowanie.

Zgodnie z pkt 7.2. ZTT: Cechowanie Trzewików zimowych w pracy rozwojowej powinno obejmować:

- a) wszywka doszywana na podszewce języka powinna zawierać następujące informacje: (...)
- b) etykieta na opakowanie jednostkowe powinna zawierać następujące informacje: (...) - szczegółowe informacje o sposobie przechowywania i konserwacji, (...)
- c) etykieta zbiorcza powinna zawierać informacje zawarte w etykiecie na opakowanie jednostkowe poszerzone o ilość par obuwia w kartonie zbiorczym,
- d) na podeszwie należy umieścić numer wielkościowy wg numeracji francuskiej.

Wszystkie zapisy na etykietach powinny zostać wykonane czcionką ARIAL - wielkość 14.

Odwolujący podnosił, że przystępujący zastosował niewłaściwą czcionkę cechowania na bucie i nie zamieścił zasad konserwacji na opakowaniu pudełka.

Izba stwierdziła, że wymóg dotyczący czcionki Arial 14 dotyczył jedynie etykiet na opakowaniach, nie zaś wszywki na bucie, dlatego zarzut w tym zakresie został uznany za niezasadny. Jednocześnie Izba stwierdziła, co zostało też potwierdzone przez zamawiającego i przystępującego, że zasady konserwacji nie zostały zamieszczone na pudełku (opakowaniu jednostkowym), a jedynie włożone do środka pudełka, co nie odpowiada ww. wymogowi. Nie dokonując w tym miejscu oceny zasadności niektórych wymagań zamawiającego, należy jednoznacznie stwierdzić, że po upływie terminu składania ofert, wymagania te stają się wiążące i niezmiennie, zatem oferty muszą być z nimi zgodne pod rygorem odrzucenia. Dlatego zarzut w zakresie braku zamieszczenia zasad konserwacji na pudełku został uznany za zasadny, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Niezależnie od powyższego Izba nie dopatryła się związku ww. zarzutów z treścią podnoszonego przez zamawiającego § 4 ust. 3 Decyzji nr 314/MON Ministra Obrony Narodowej w sprawie wprowadzenia do użytku „Procedury realizacji prac rozwojowych dla przedmiotów umundurowania i wyekwipowania” oraz „Procedury realizacji prac rozwojowych dla środków zaopatrzenia żywnościowego”, w którym wskazano: „Wyboru prototypu PUiW, spośród opracowanych przez WOBWSM lub wyrobu z oferty rynkowej do badań dokonuje komisja z udziałem przedstawiciela SSMund IWsp SZ, Komendanta WOBWSM, kierownika zespołu badawczego powołanego przez Komendanta WOBWSM do realizacji PR oraz przedstawiciela wnioskodawcy, o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt 1. Dopuszcza się również powołanie biegłego z zakresu materiałoznawstwa i jakości wyrobów. Komisja dokonuje wyboru prototypu PUiW uwzględniając zasady celowości i racjonalności oraz osiągnięcia najlepszych efektów przy jak najniższych nakładach”. Z kolei na temat wiążącego charakteru ZTT w niniejszym postępowaniu Izba wypowiedziała się już wyżej.

#### 8. Brak wstawki na języku.

Zgodnie z pkt 5.7.4. ZTT: Język na wysokości przegubu stopy powinien posiadać wstawkę z miękkiej skóry zapewniającej jego układalność.

Odwołujący podnosił, że w obuwiu przystępującego nie ma wstawki na języku.

Izba stwierdziła, że niezasadna jest argumentacja zamawiającego skupiająca się na kwestii wykonania języka z miękkiej skóry zapewniającej układalność, a pomijająca wymóg wstawki. Z ww. postanowienia jasno wynika, że język miał też posiadać wstawkę. Trzewik przystępującego posiada mniej więcej na środku języka szycie w kształcie „odwrotnego V”, ale nie jest to wstawka. Dlatego zarzut został uznany za zasadny, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

#### 9. Prawidłowość zastosowanych skór wierzchnich.

Zgodnie z pkt 5.7.2. ZTT: Skóry zastosowane w wierzchach trzewików zimowych winny być licowe gładkie, nietłoczone o właściwościach hydrofobowych i grubości nie większej niż 2,2 mm.

Odwołujący podnosił, że skóra wierzchu trzewika przystępującego nie jest w całości gładka, gdyż posiada skórę tłoczoną, co nie jest zgodne z ww. wymogiem.

Izba stwierdziła, że skóra na kołnierzu i części języka rzeczywiście nie jest gładka. Niezasadna jest przy tym argumentacja zamawiającego powołującego się na normę PN-85/P-22202, która dopuszcza uwidocznienie na skórze rysunku charakterystycznego dla danego zwierzęcia. Po pierwsze, ww. norma nie została przywołana w ZTT, po drugie, zamawiający ani przystępujący nie wykazali, aby widoczne nierówności na kołnierzu i części języka były rysunkiem charakterystycznym dla jakiegokolwiek zwierzęcia. Dlatego zarzut został uznany za zasadny, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

#### 10. Prawidłowość rozwiązania konstrukcyjno - materiałowego.

Zgodnie z pkt 5.7.3. ZTT: W rozwiązaniach konstrukcyjno — materiałowych cholewki, języka i kołnierza trzewików zimowych zakłada się możliwość zastosowania alternatywnych rozwiązań:

Wariant 1 — skórzany, w którym wszystkie w/w elementy powinny być wykonane ze skór;  
Wariant 2 — skórzano - tekstylny, w którym niektóre elementy cholewki, miechów i wierzchu języka oraz kołnierza wykonane będą z materiałów tekstylnych (tkanin i/lub dzianin), a niektóre ze skór.

Odwołujący podnosił, że obuwiu przystępującego posiada kieszonkę wykonaną z materiału, a nie ze skóry.

Izba ustaliła przede wszystkim, że nie jest zasadna argumentacja zamawiającego i przystępującego, zgodnie z którą kieszonka jest oddzielnym elementem buta, do którego nie

odnosi się wymóg wykonania wszystkich elementów ze skóry opisany w wariantie 1. Należy zauważyć, że pkt 5.7.3. ZTT dotyczy generalnie cholewki, języka i kołnierza, ale w wariantie 2 dopuszczono, aby niektóre elementy tych części buta były wykonane z materiałów tekstylnych, co oznacza, że zamawiający przewidywał, że w ramach tych części buta mogą występować jakieś elementy składające się na te części. W przypadku języka oznacza to, że kieszonkę na sznurowadła należy uznać za część tego języka. Konsekwentnie należy uznać, że skoro w wariantie 1 wszystkie elementy miały być wykonane ze skóry, to dotyczy to także elementów składających się na język, zatem również kieszonka na sznurowadła powinna być wykonana ze skóry. Tymczasem w trzewiku przystępującego kieszonka jest wykonana z materiału tekstylnego, czyli niezgodnie z ww. wymogiem w wariantie 1. Dlatego zarzut został uznany za zasadny, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

#### 11. Konstrukcja wkładki typu „skarpeta”.

Zgodnie z pkt 5.7.6. ZTT: (...) W takim rozwiązaniu cholewka wkładki powinna być niesznurowana z językiem miechowym wykonana z użyciem paroprzepuszczalnej membrany politetrafluoroetylenowej (PTFE) osłoniętej obustronnie materiałem tekstylnym (dzianiną i/lub tkaniną) zwiększającym ciepłochronność wkładki.

Odwołujący podnosił, że cholewka wkładki nie jest osłonięta obustronnie materiałem tekstylnym (dzianiną lub tkaniną), a ponadto szwy łączenia membrany powodują, że nie jest zapewniona wodoszczelność i ciepłochronność.

Izba stwierdziła, że cholewka skarpety posiada obustronnie tkaninę, natomiast

kwestia nieprzemakalności i ciepłochronności, jak wskazano już wyżej, nie została dookreślona przez zamawiającego, zatem nie można w tym zakresie jednoznacznie stwierdzić niezgodności oferty (próbki) przystępującego z warunkami zamówienia. Dlatego zarzut został uznany za niezasadny.

#### 12. Waga obuwia

Zgodnie z pkt 5.1.1. ZTT: Trzewiki zimowe powinny spełniać następujące kryteria dotyczące ich przeznaczenia: (...) - powinny być możliwie lekkie (masa pary w rozmiarze 42 nie powinna być większa niż 1800 g (...))

Odwołujący podnosił, że istnieje rozbieżność w wadze między prawą i lewą półparą o około 30 g, gdyż jedna półpara waży 910 g, a druga półpara waży 880 g. W przypadku, gdyby obie półpary ważyły 910 g waga pary obuwia byłaby większa niż 1800 g.

Izba stwierdziła, że ocenie podlegała waga całej pary butów, która nawet przy ustaleniach odwołującego, mieści się w granicy 1800 g. Dlatego zarzut został uznany za niezasadny.

#### 13. Wkładka obuwia.

Zgodnie z pkt 5.7.6. ZTT: (...) W takim przypadku podeszwa wkładki powinna być usztywniona tak by w czasie chodzenia nie powstawały zagniecenia, zmarszczenia mogące powodować urazy bądź otarcia stopy. (...)

Odwołujący podnosił, że wkładka (skarpeta + wyściółka) ulega zgnieceniom i zmarszczeniom, powołując się na wygląd wyściółki do skarpety.

Należy zauważyć, że ww. postanowienie ZTT dotyczy podeszwy wkładki, natomiast wygląd ogólny wyściółek był oceniany w ramach kryterium oceny ofert nr 4. Również odwołujący w tym miejscu odwołania wskazywał przede wszystkim na niewłaściwą ocenę zamawiającego dokonaną w ramach kryteriów oceny ofert. Należy jednak wskazać, że w kryterium nr 4 przystępujący otrzymał 12,22 pkt na 15 pkt możliwych i w ramach tego kryterium oceniany był nie tylko ogólny wygląd wyściółek. Nie wiadomo zatem, ile punktów i z jakich powodów przystępujący dostał konkretnie za wygląd wyściółek, bo zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego do przyznanej ofertom punktacji. Dlatego Izba uznała tak sformułowany zarzut za niewykazany i w konsekwencji za niezasadny. Natomiast odrębny zarzut braku podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, został przez Izbę odrębnie rozpoznany, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia wyroku.

#### 14. Sposób realizacji wkładki typu „skarpeta”.

Zgodnie z pkt 5.7.6. ZTT: (...) W takim rozwiązaniu cholewka wkładki powinna być niesznurowana z językiem miechowym wykonana z użyciem paroprzepuszczalnej membrany politetrafluoroetylenowej (PTFE) osłoniętej obu stronnie materiałem tekstylnym (dzianiną i/lub tkaniną) zwiększającym ciepłochronność wkładki. Wkładki winny być mocowane z Trzewikami w obrębie kołnierzy (na przykład poprzez wyłożenie na krawędzi kołnierza cholewki) oraz za pomocą przeplecenia lub taśmy samoszczepnej z podszewką języka. (...)

Odwołujący podnosił, że oferowany przez przystępującego model nie spełnia wymagania dotyczącego braku sznurowania cholewki wkładki.

Izba ustaliła, że górna część cholewki wkładki posiada metalową dziurkę po każdej stronie, która służy do tego, by sznurowadła z cholewki buta przepleść przez tę dziurkę i w ten sposób przymocować wkładkę do cholewki buta na wysokości jego kołnierza. Cholewka wkładki nie posiada własnych sznurowadeł, zatem nie jest sznurowana. Natomiast rozwiązanie kwestionowane przez odwołującego służy przymocowaniu wkładki do buta za pomocą opisanego przeplecenia, co było przewidziane w ww. pkt 5.7.6. ZTT i dopuszczalne. Dlatego zarzut został uznany za niezasadny.

#### 15. Materiał podeszwy.

Zgodnie z pkt 5.5.2. ZTT: W okresie minimum 8 letniego przechowywania parametry techniczno-użytkowe nie mogą ulec pogorszeniu.

Odwołujący podnosił, że użyty przez przystępującego materiał PU „W maksymalnym okresie 8 lat PU ulega degradacji, na 100% nie można przyjąć, iż nie pogorszą się parametry, co jest oczekiwaniem Zamawiającego”. Odwołujący przedstawił też artykuł Centrum Badawczo-Technologicznego SATRA z Wielkiej Brytanii dotyczący m.in. trwałości materiału PU.

Izba stwierdziła, że nie wiadomo, który rodzaj PU został zastosowany przez przystępującego, a nawet w ww. artykule wskazano, że „istnieją dwie podstawowe odmiany chemiczne PU, znane jako „poliestrowy poliuretan” i „polieteropoliuretan”, przy czym drugi jest bardziej odporny na hydrolizę. Sam zresztą odwołujący stwierdził, że nie pogorszenia parametrów nie można przyjąć na 100%, zatem także w drugą stronę nie jest przesądzone, jaki będzie wynik trwałości tego materiału w bucie przystępującego. Dlatego Izba uznała zarzut za niewykazany i w konsekwencji za niezasadny.

Reasumując, spośród 16 zarzutów dotyczących oferty przystępującego (w zarzucie nr 7 podniesiono dwie kwestie) Izba uznała za zasadne sześć dotyczących: kolorystyki, instrukcji dezynfekcji, instrukcji konserwacji na pudełku, wstawki na języku, skóry wierzchniej i materiału kieszonki. Pozostałe zarzuty się, w ocenie Izby, nie potwierdziły.

#### Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk 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.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp (powołany także przez zamawiającego w swz) 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 „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczy się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Ww. przepis przewiduje następujące przesłanki:

- informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób, a uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W przedmiotowej sprawie wykonawca konsorcjum Arlen S.A. i Iturri S.A. przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sprowadzające się do złożenia

szeregu oświadczeń / deklaracji, takich jak:

- „zestawienie w całość załączonych informacji stanowi wartość gospodarczą, która ma na celu osiągnięcie korzyści handlowych”,
- „zastrzeżone dokumenty złożone w całość nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Podjęliśmy niezbędne starania w celu zachowania ich poufności i nie ujawniania do wiadomości publicznej”,
- „zostały wdrożone specjalne rozwiązania organizacyjne ograniczające ilość osób mających dostęp do tych informacji, a z osobami, które uczestniczą w przygotowaniu naszej oferty zostały podpisane specjalne umowy o zakazie konkurencji i zachowaniu w tajemnicy informacji związanych z wykonywaniem obowiązków służbowych”.

Wobec powyższego należy wyraźnie wskazać, że samo stwierdzenie, że jakieś informacje stanowią wartość gospodarczą, nie jest wystarczające do uznania, że rzeczywiście stanowią one taką wartość i że wartość ta została wykazana. Sam fakt, że informacje mają charakter np. technologiczny, nie oznacza automatycznie, że mają one wartość gospodarczą. Treść art. 11 ust. 2 uznk wyraźnie rozróżnia przesłankę charakteru zastrzeżonej informacji (np. technologicznego) od przesłanki wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. W całym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy nie ma ani jednego zdania wskazującego w szczególności na to, skąd wynika wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji, na czym ta wartość polega, jakie konkretne okoliczności potwierdzają tę wartość gospodarczą. Trudno też stwierdzić, co miałyby oznaczać sformułowanie, że wartość gospodarcza „ma na celu osiągnięcie korzyści handlowych”. Pomijając to, jak sama wartość gospodarcza może mieć cokolwiek na celu, przede wszystkim z ww. sformułowania nie wynika, jakie konkretnie i w jaki sposób korzyści handlowe miałyby zostać osiągnięte i co mają wspólnego z wartością gospodarczą konkretnie tych informacji, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wobec zatem ograniczenia się wykonawcy do złożenia oświadczenia o istnieniu wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, należy stwierdzić, że wartość ta nie została w żaden sposób wykazana.

Ponadto wykonawca konsorcjum Arlen S.A. i Iturri S.A. w żaden sposób nie wykazał przesłanek dotyczących zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Wykonawca złożył w tym zakresie jedynie wyżej przytoczone deklaracje, które nie stanowią „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W szczególności wykonawca nie wykazał, że podjął jakieś starania w celu zachowania poufności, że wdrożył jakieś rozwiązania organizacyjne i że dotyczyły one konkretnie tych informacji, które zostały zastrzeżone, nie wykazał, na czym konkretnie polegały te rozwiązania, z kim konkretnie podpisał umowy o zakazie konkurencji i zachowaniu tajemnicy i że zakaz konkurencji i zachowanie tajemnicy w tych umowach dotyczyły właśnie takich informacji, jak zastrzeżone w niniejszym postępowaniu. Dodatkowo wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie ww. deklaracji. Każdy wykonawca może złożyć dowolne oświadczenia co do rzekomego zachowywania w poufności danych informacji, ale „wykazanie”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, wymaga przedstawienia w tym zakresie stosownych dowodów. Tymczasem wykonawca konsorcjum Arlen S.A. i Iturri S.A. ograniczył się w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy do ww. ogólnikowych deklaracji i w dodatku nie poparł ich żadnymi dowodami. W konsekwencji nie można uznać, że wykonawca wykazał ziszczenie się przesłanek dotyczących poufności, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

W tym miejscu należy także podkreślić, że w świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający zobligowany jest ocenić zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

W przedmiotowej sprawie uzasadnienie przedłożone przez wykonawcę konsorcjum Arlen S.A. i Iturri S.A., sprowadzające się do oświadczeń / deklaracji o ogólnym charakterze, nie popartych żadnymi dowodami, nie dawało zamawiającemu żadnych podstaw do utrzymania zastrzeżonej przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym brak udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych informacji, w tym wzorów obuwia, stanowiło naruszenie art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk.

Zarzut dotyczący oferty konsorcjum Arlen S.A. i Iturri S.A.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Arlen S.A. i Iturri S.A. w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy stwierdzić, że zarzut ten nie został skonkretyzowany w odwołaniu i przede wszystkim jest przedwczesny. Z uwagi bowiem na brak ujawnienia przez zamawiającego treści oferty i próbek butów przedstawionych przez ww. wykonawcę, odwołujący nie ma na obecnym etapie wiedzy o tym, czy i ewentualnie z jakiego powodu oferta ta, w tym wzory butów, jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dopiero po udostępnieniu odwołującemu niezasadnie zastrzeżonych informacji, w tym wzorów butów, odwołujący będzie mógł dokonać ich analizy i podjąć decyzję o ewentualnym wniesieniu odwołania w zależności od kolejnych podejmowanych przez zamawiającego decyzji. Natomiast na obecnym etapie postępowania, wobec braku wiedzy odwołującego w ww. zakresie, postawiony w odwołaniu zarzut nie mógł zostać skonkretyzowany i w efekcie został podniesiony przedwcześnie, co musiało skutkować jego oddaleniem (przy czym zarzut ten nie został też wskazany jako ewentualny na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, dlatego Izba musiała się do niego odnieść).

#### Zarzut dotyczący uzasadnienia oceny ofert wg przyjętych kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) przejrzysty,
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone,

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący postawił w odwołaniu zarzut braku wyjaśnienia przez zamawiającego sposobu przyznawania punktów w kryteriach oceny ofert, zwłaszcza wobec faktu, że w notatce z oceny ofert wskazane zostały określone uwagi do próbek butów. Okoliczności faktyczne wskazane w uzasadnieniu odwołania pozwoliły Izbie na samodzielne dokonanie subsumpcji i ustalenie, że zarzut dotyczy przede wszystkim art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W związku z tym w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie rozróżnił obowiązek podania punktacji przyznanej w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji od obowiązku podania uzasadnienia faktycznego (po myślniku odnoszącym się do obu punktów w tym przepisie). Oznacza to, że zamawiający zobligowany jest do podania punktacji przyznanej ofertom, ale także do podania uzasadnienia faktycznego dla tej punktacji, czyli wskazania, dlaczego danej ofercie w danym kryterium przyznał określoną liczbę punktów. Tym samym obowiązek podania

takiego uzasadnienia wynika wprost z art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, należy też w kontekście kryteriów oceny ofert zwrócić uwagę na podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp. Zamawiający stosując kryteria oceny ofert decyduje o tym, która oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu. Zastosowanie kryteriów oceny ofert ma więc kluczowe znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w efekcie - dla interesów wszystkich wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Dlatego też, w celu zapewnienia ochrony tych interesów i realizacji zasad, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, w tym zwłaszcza zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek informowania wykonawców o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z podaniem

uzasadnienia faktycznego i prawnego. Wykonawca nie może bowiem zadbać o swoje interesy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie ma dostępu do wiedzy, która oferta została uznana za najkorzystniejszą, ile otrzymała punktów i dlaczego otrzymała taką a nie inną liczbę punktów. W konsekwencji, jeżeli wykonawca nie ma dostępu

do takiej wiedzy, nie są realizowane podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, a także nie ma możliwości realnego skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż nie ma możliwości postawienia zarzutów wobec czynności, której podstawy dokonania nie są wykonawcy znane. Powyższe zaś, wobec niemożności realnej weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, może doprowadzić do udzielenia zamówienia (czyli zawarcia umowy) wykonawcy, który w ogóle nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co stanowiłoby pogwałcenie kolejnej zasady, wyrażonej w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym kompletne i rzetelne poinformowanie wykonawców o tym, dlaczego dany wykonawca uzyskał w kryteriach oceny ofert określoną liczbę punktów, stanowi czynnik niezbędny do realizacji ww. zasad, jak też realizacji prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Brak uzasadnienia lub niepełne uzasadnienie faktyczne i prawne informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest więc naruszeniem nie tylko art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale także ww. zasad.

W niniejszej sprawie zamawiający przewidział m.in. dwa następujące kryteria oceny ofert o wadze 15% każde:

- wygląd ogólny trzewików zimowych, estetyka wykonania, brak rażących odcieni kolorystycznych między elementami obuwia, symetria elementów w półparach,
- wygląd ogólny wyściółek, estetyka wykonania, jakość użytych materiałów, ergonomia - wyprofilowanie, symetria elementów w półparach.

Dla obu ww. kryteriów zamawiający wskazał w swz, że przyznawane będą punkty od 0 do 15 za jakość wykonania modelu ofertowego - staranność wykonania i wykończenia, brak błędów materiałów obniżających ich wartość użytkową. Jednocześnie informując wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający wskazał jedynie liczbę punktów przyznanych każdej ofercie bez wskazania uzasadnienia faktycznego, tj. powodów, dla których dana oferta uzyskała taką a nie inną liczbę punktów. W trakcie rozprawy zamawiający wyjaśniał, że oceny próbek butów dokonywali m.in. żołnierze i zamawiający nie posiada wiedzy, dlaczego przyznawali oni określoną liczbę punktów danemu butowi.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zastosowanie kryteriów jakościowych nie uprawnia zamawiającego do całkowicie subiektywnej i swobodnej oceny. Żadna czynność zamawiającego, w świetle zasad, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, nie może być wykonywana subiektywnie i swobodnie, w tym także czynność oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert. Kryteria przyjęte przez zamawiającego jako mające charakter ocenny w praktyce nie mogą być oczywiście stosowane całkowicie zero-jedynkowo, niemniej jednak ze względu na ww. obowiązujące zasady ewentualny element subiektywnej oceny musi zostać ograniczony do minimum. Ponadto ocenny charakter tych kryteriów nie zwalnia zamawiającego z obowiązku podania uzasadnienia faktycznego wyboru oferty w taki sposób, żeby wykonawcy wiedzieli, dlaczego dana oferta uzyskała określoną liczbę punktów. Tym bardziej nie zwalnia zamawiającego z ww. obowiązku fakt zaangażowania żołnierzy do oceny próbek butów. Zamawiający powinien bowiem od każdej osoby oceniającej próbki w ramach kryteriów oceny ofert, wymagać podania uzasadnienia dla przyznanej przez nią punktacji, tak by możliwe było zarówno dokonanie oceny w sposób możliwie najbardziej obiektywny (przy ocenym charakterze kryteriów), jak i podanie uzasadnienia faktycznego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przy czym, jak wskazano już wyżej, ww. obowiązek podania uzasadnienia faktycznego istnieje niezależnie od rodzaju kryteriów oceny ofert, ale jego realizacja nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy przyjęte kryteria mają charakter ocenny, ponieważ to w takiej sytuacji najtrudniej jest wykonawcom zweryfikować prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty i zwłaszcza w takiej sytuacji niezbędne jest rzetelne i kompletne poinformowanie ich o podstawach dokonanej oceny.

Reasumując, podanie przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu jedynie informacji o liczbie przyznanych ofertom punktów, stanowiło naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i

art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba rozpoznała 19 zarzutów (16 dotyczących oferty przystępującego, 1 dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa, jeden dotyczący oferty konsorcjum Arlen S.A. i Iturri S.A. oraz 1 dotyczący uzasadnienia oceny ofert). Spośród tych zarzutów: 8 zostało uwzględnionych (6 dotyczących oferty przystępującego, 1 dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa i 1 dotyczący uzasadnienia oceny ofert), zaś 11 zostało oddalonych (10 dotyczących oferty przystępującego i 1 dotyczący oferty konsorcjum Arlen S.A. i Iturri S.A.). Oznacza to, że zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w zakresie odpowiadającym 8-miu zarzutom uwzględnionym, natomiast odwołujący odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w zakresie odpowiadającym 11-tu zarzutom oddalonym.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wyłącznie wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł, gdyż strony nie przedstawiły żadnych innych poniesionych kosztów.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 15.000 zł, a powinien ponieść je w zakresie odpowiadającym 11 -tu zarzutom oddalonym, czyli w wysokości 8.684,21 zł (11/19 z kwoty 15.000 zł). Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów, a powinien ponieść je w zakresie odpowiadającym 8-miu zarzutom uwzględnionym, czyli w wysokości 6.315,79 zł (8/19 z kwoty 15.000 zł). W związku z powyższym Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę w wysokości 6.316 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tak by każda ze stron poniosła koszty, za które odpowiada stosownie do wyniku postępowania odwoławczego. Przy czym koszty podlegające zwrotowi zostały zaokrąglone w górę do pełnych złotych, zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący .....

KIO 2894/22

30