

WYROK
z dnia 22 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Małgorzata Matecka
Aneta Młacka
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu **17 grudnia 2020 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2020 r. przez odwołującego: **Signify Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Pile** (ul. Kossaka 150, 64-920 Pila) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie** (ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa),

przy udziale wykonawcy **LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** (ul. Gorzowska 11, 65-127 Zielona Góra) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Signify Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Pile** (ul. Kossaka 150, 64-920 Pila) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie** (ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa) kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: Signify Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Pile (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dostawę nowych opraw oświetleniowych w technologii LED”. Numer referencyjny: ZDM/UM/DZP/61/PN/53/200. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 2020/S 126 315707.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w Postępowaniu przepisów ustawy Pzp wobec czynności badania, oceny oraz wyboru w Postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lug Light Factory sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (wykonawca LUG) i zaniechania odrzucenia tej oferty. W punkcie II odwołania wskazał na naruszenie:

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty LUG jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) w zakresie wymaganego sposobu obliczenia mocy w pozycjach 1, 6, 8, 9, 10, 11, 11A, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 Załącznika nr 8 do OPZ/Załącznika nr 10 do SIWZ - załączonego do oferty LUG;
 - 2.art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty LUG jako niezgodnej z treścią SIWZ pomimo, iż Wykonawca nie złożył wraz z ofertą wymaganego dokumentu w postaci plików wsadowych w formacie *.pdf., a w konsekwencji treść oferty złożonej przez Wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ;
 - 3.art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 60 k.c. - zaniechanie odrzucenia oferty LUG zawierającej zastrzeżenie w języku angielskim odbierające jej części charakter wiążący i/ albo nadające jej charakter warunkowy, co powoduje, że pomiędzy treścią oferty Wykonawcy a treścią SIWZ zachodzi niezgodność o istotnym charakterze;
 - 4.art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy zawierającej zastrzeżenie w języku obcym, nie dopuszczonym w Postępowaniu;
 - 5.art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 60 k.c. - zaniechanie odrzucenia oferty niebędącej ofertą w rozumieniu art. 66 § 1 k.c., która powinna rodzić zobowiązanie ofertowe o ściśle określonej treści, a więc oferty nieważnej na podstawie przepisów k.c.;
- ewentualnie wobec trzech powyższych zarzutów wskazanych w pkt 11.3-5
- 6.art. 87 ust. 2 pkt. 3 - zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
- niezależnie od powyższego
- 7.art. 90 ust. 1 Pzp - zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny pomimo, że zaoferowana przez Wykonawcę cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów;
 - 8.art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3, art. 7 ust. 1 Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”):
- zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji zawartych w:
 - załącznikach do odpowiedzi Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 Pzp oznaczonej datą 2 listopada 2020 r. (załącznik nr 5 Wykaz personelu oraz załącznik nr 4 Doświadczenie wykonawcy);
 - wyjaśnieniach Wykonawcy oznaczonych datą 13 listopada 2020 r.,

- zaniechanie ujawnienia całości treści wezwania Zamawiającego wystosowanego do Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oznaczonego datą 10 listopada 2020 r. pomimo dokonania przez Wykonawcę zastrzeżenia i uzasadnienia charakteru informacji zawartych w ww. dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa po terminie, a także niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK;

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania: (1) unieważnienia czynności wyboru LUG; (2) powtórzenia czynności oceny ofert w Postępowaniu z ewentualnym nakazaniem dokonania poprawiania oferty LUG i oddajania dokumentów LUG; (3) odrzucenia oferty LUG.

Wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, a także przedłożonych w toku postępowania odwoławczego - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego.

Stwierdził, że Odwołujący spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp wynikającego z błędnego rozstrzygnięcia Postępowania. Stosownie do zestawienia ofert objętego informacją o wyborze najkorzystniejszej, oferta Odwołującego zajęła drugą pozycję w rankingu ofert ustalonym na podstawie kryteriów oceny ofert. Interes w uzyskaniu zamówienia Odwołującego jest jednoznaczny z uwagi na możliwość uzyskania zamówienia w przypadku realizacji wynikającego z przepisów prawa odrzucenia oferty LUG. Odwołujący złożył drugą najkorzystniejszą ofertą i w przypadku nakazania Zamawiającemu wnioskowanych czynności, zamówienie powinno przypaść Odwołującemu. Szkada Odwołującego polega w tym przypadku na utracie możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne, utracie przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania. Dodatkowo Odwołujący ponosi stratę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w Postępowaniu.

W uzasadnieniu wskazał w szczególności:

II.1.

Według pkt 16.2.3 SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert przewidzianym w Postępowaniu jest kryterium: „nominalna całkowita moc opraw oświetleniowych dla określonych przez Zamawiającego modeli obliczeniowych - Wz”.

Zamawiający w SIWZ załączył Tabelę obliczeniową do oceny kryterium „Nominalna całkowita moc opraw oświetleniowych* (znajduje się w oddzielnym pliku), stanowiącą równocześnie Załącznik nr 8 do OPZ. W UWADZE do pkt 16.2.3 SIWZ wskazano: (...)

•Należy sporządzić obliczenia fotometryczne dla teoretycznych sytuacji oświetleniowych oraz wypełnić tabelę załącznik nr 10 do SIWZ, wpisując wartości oferowanych mocy opraw i zastosowanej optyki dla poszczególnych sytuacji. Ocena Zamawiającego w ramach niniejszego kryterium podlegać będzie sumaryczna nominalna całkowita moc pojedynczych opraw oświetleniowych, zaproponowanych przez oferenta dla poszczególnych sytuacji oświetleniowych. Szkice sytuacji oświetleniowych oraz tabela stanowi załącznik 10 do SIWZ.

•Obliczenie punktacji w kryterium „nominalna całkowita moc opraw oświetleniowych” dokonane będzie do dwóch miejsc po przecinku.

•Brak lub błędne wypełnienie załącznika nr 1 do Formularza oferty, będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZD, z uwagi na brak możliwości oceny kryterium.

Konsekwentnie Zamawiający w pkt 8.10.2 SIWZ wymagał, aby do oferty wykonawcy dołączyli - Tabelę obliczeniową do oceny kryterium „Nominalna całkowita moc opraw oświetleniowych” (zgodnie z wzorem załącznika nr 10 do SIWZ, stanowiącego jednocześnie załącznik nr 8 do OPZ, zwanego dalej „załącznikiem nr 8/10” lub „zał. 8/10).

Dodatkowo, odpowiedzią na pytanie nr 2 udzieloną pismem z dnia 16 września 2020 r. Zamawiający wprowadził wymóg załączenia do oferty plików wsadowych dla każdej z optyk (w formacie *ldt i *pdf) oraz obliczeń fotometrycznych (w formacie *dlx i *pdf) dla każdego z modeli obliczeniowych wskazanego w Załączniku nr 8 do OPZ.

Powyższe pliki zawierają dane pozwalające zweryfikować poprawność obliczeń i przyjmowanych danych na potrzeby wypełnienia załącznika nr 8/10.

Dodatkowo w pkt 3.1.2 OPZ wskazano, iż projektowane oświetlenie powinno gwarantować spełnianie wymogów normy PN-EN 13201-1 oraz 13201-2.

Wykonawcy byli zobowiązani do podania w ww. załączniku typów oferowanych opraw oraz obliczenia i podania ich optyki i mocy.

Parametry dla ww. obliczeń Zamawiający wyspecyfikował właśnie w treści Zał. 8/10, gdzie przewidział i opisał poszczególne modele drogowe i wskazał jasno parametry każdej sytuacji oświetleniowej, do której ww. załącznik się odnosi, i które wykonawcy na potrzeby jego wypełnienia winni wziąć pod uwagę przy swoich obliczeniach: moduł, szerokość drogi, nawis, odległość od krawędzi, wysokość punktu świetlnego, klasę oświetleniową (spełnianą normę), rozmieszczenie opraw, ilość pasów, kąt nachylenia oraz rodzaj nawierzchni.

Powyższe wymagania odnośnie sposobu wypełnienia Zał. 8/10 (parametrów wyjściowych obliczeń, które należało przyjąć do obliczenia wartości podawanych w załączniku) są jak najbardziej zrozumiałe, ponieważ tylko w ten sposób, tzn. określając dokładnie wszystkie parametry ulicy i konfiguracji instalacji oświetleniowej, mające wpływ na kryterium oceny jakim jest moc oprawy, mógł zapewnić pełną porównywalności ofert w opisanym wyżej kryterium.

Jak już wskazano, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 2 zawartą w piśmie z dnia 16 września 2020 r. Zamawiający wymagał załączenia do oferty plików wsadowych dla każdej z optyk oraz obliczeń fotometrycznych dla każdego z modeli obliczeniowych wskazanego w Załączniku nr 8/10. Tym samym każdy wykonawca zobowiązany był dokonać doboru oferowanych opraw spełniających normę PN-EN 13201 „Oświetlenie dróg”, oraz obliczyć dla nich wartość mocy oceniane w ramach ww. kryterium.

Jak wynika z analizy ww. plików zawierających dane wsadowe i obliczenia, wykonując obliczenia na potrzeby wypełnienia zał. 8/10, LUG dokonał modyfikacji parametrów wejściowych przewidzianych przez zamawiającego w sytuacjach 1,6, 8, 9, 10, 11, 11 A, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24. (przyjął inne niż podane w Zał. nr 8 kąty montażowe).

Wskazane różnice obrazuje poniższa tabela.

Nr sytuacji z zał. 8/10	Kąt montażu wymagany w zał. 8/10	Kąt montażu przyjęty do obliczeń LUG
1	5	10
6	5	15
8	5	10

9	5	10
10	5	10
11A	5	10
13	5	10
14	5	10
15	5	10
16	5	10
17	5	10
18	5	0
19	5	0
20	0	5
21	5	10
11	5	0
22	5	15
23	5	10
24	5	0

Tym samym podane przez LUG wartości mocy i typy opraw zostały dobrane nieprawidłowo - Wykonawca niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego wypełnił załącznik nr 8/10 w tym zakresie (wyliczając moce i dobierając typy opraw do innych parametrów wyjściowych niż podane przez Zamawiającego). Wskazane odstępstwo od parametrów wymaganych przez Zamawiającego w zał. 8/10 spowodowane było faktem, iż przy zastosowaniu prawidłowych parametrów kąta montażu oprawy LUG nie spełniałyby normy PN-EN 13201 „Oświetlenie dróg”, a załączone do oferty LUG, wykonane w programie DIALux obliczenia (tabele kontrolne) od razu wykazałyby powyższe. Oceny wskazanych niezgodności oferty LUG z SIWZ, nie zmienia udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie 41 zawarta w piśmie z dnia 7 sierpnia 2020 r., w której Zamawiający dopuścił stosowanie regulacji kąta pochylecia oprawy. Według Odwołującego powyższa odpowiedź dotyczy wymagań OPZ względem zaprojektowania przedmiotu dostawy (parametrów „montażowych” określonych w OPZ), nie dotyczy natomiast parametrów podanych w zał. 8/10 w liczbach bezwzględnych (nie w przedziałach) dla zapewnienia porównywalności ofert przez zapewnienie tożsamyh danych wyjściowych dla obliczenia mocy. Załącznik nr 8/10 pozostał w tym zakresie niezmienny - nie dokonano żadnej modyfikacji narzucanych w nim parametrów obliczeniowych. Przyjęcie możliwości nieograniczonej „regulacji” tego typu danych sprowadza ideę porównywalności ofert w ramach ww. kryterium do absurdu. Na powyższe, zdaniem odwołującego, wskazuje również kontekst, w jakim ww. pytanie zadano i odpowiedzi udzielono. Mianowicie w odpowiedzi na następujące po pytaniu nr 41, pytanie nr 42 wskazano, iż „Zamawiający zastrzega, że model obliczeniowy przypisany do konkretnej sytuacji może ulec zmianie”. W związku z tym nie należy odnosić zgody na zmianę kątów w odpowiedzi na pytanie nr 41 do modeli obliczeniowych wymaganych w zał. 8/10 na potrzeby sporządzenia oferty i wypełnienia tego załącznika, a jedynie do finalnych obliczeń fotometrycznych, które będzie musiał wykonać Wykonawca na I etapie realizacji postanowień umowy, czyli wykonania projektów dla wszystkich sytuacji objętych zakresem. To właśnie w ramach realizacji przedmiotu zamówienia zmiana kąta montażu opraw jest jak najbardziej możliwa i zrozumiała w zakresie w jakim dopuszcza to uchwyt montażowy i jego regulacja oraz wskazywane poniżej zakresowe postanowienia SIWZ. Nie dotyczy natomiast zmiany bezwzględnych kątów podanych w załączniku 8/10 na potrzeby sporządzenia i porównania ofert (w ramach kryterium „Nominalna całkowita moc opraw oświetleniowych”). Dodatkowo wskazał, że w przypadku uznania (przeciwno czemu oponujemy), iż odpowiedź na pytanie nr 41 dotyczyła nie tylko OPZ i realizacji umowy, ale również wypełniania zał. 8/10 na potrzeby oferty, oferta LUG nadal pozostaje niezgodna z SIWZ w zakresie pozycji 6 i 22 załącznika nr 8/10, gdzie obliczając wartość mocy LUG przekroczył dopuszczalny zakres regulacji wynikający z SIWZ (wymagania w tym zakresie opisano poniżej) przez przyjęcie kątów pochylecia oprawy o wartości 15°. Mianowicie Zamawiający w pkt 3.2.2. OPZ określił wymagany zakres regulacji kąta nachylecia oprawy za pomocą uchwytu montażowego, co doprecyzował udzielając w dniu 7 sierpnia 2020r. odpowiedzi na pytanie nr 40.

Pytanie nr 40:

Wnioskujemy o zmianę SIWZ dotycząco zakresu regulacji kąta pochylecia opraw. „Oprawa powinna być wyposażona w uniwersalny uchwyt, mocowany bocznie, pozwalający na montaż zarówno na wysięgniku jak i bezpośrednio na słupie, o średnicy wewnętrznej 60-72 mm (rozmiar A), 48-62 mm (rozmiar B) z możliwością montażu na sztorc oraz pochylecia w minimalnym zakresie od -10° do +10na treść: „Oprawa powinna być wyposażona w uniwersalny uchwyt, mocowany bocznie, pozwalający na montaż zarówno na wysięgniku jak i bezpośrednio na słupie, o średnicy wewnętrznej 60-72 mm (rozmiar A), 48-62 mm (rozmiar B) z możliwością montażu na sztorc oraz pochylecia w minimalnym zakresie od 00 do +10° montaż bezpośredni na słupie, od -10° do +10 montaż na wysięgniku.”

Prosbę wnioskujemy tym, że nie stosuje się kątów ujemnych przy montażu opraw bezpośrednio na słupie, a tego wymaga obecny zapis. Wymaganie to niepotrzebnie podnosi koszty wykonania produktu.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia istniejący zapis SIWZ na nowy o następującej treści: „Oprawa powinna być wyposażona w uniwersalny uchwyt, mocowany bocznie, pozwalający na montaż zarówno na wysięgniku jak i bezpośrednio na słupie, o średnicy wewnętrznej 60-72 mm (rozmiar A), 48-62 mm (rozmiar B) z możliwością montażu na sztorc oraz pochylenia w minimalnym zakresie od 0° do +10° - montaż bezpośredni na słupie, od -10° do +10- montaż na wysięgniku.”

Z ww. odpowiedzi wynika, że wymagany zakres regulacji kąta montażu oprawy na wysięgniku wynosi od -10° do +10°.

LUG w obliczeniach wykonanych dla modelowych sytuacji nr 6 i 22, gdzie Zamawiający przewidział montaż opraw na wysięgniku, wprowadził wartość 15° pochylenia oprawy. Można domniemywać, że nieuprawnione zwiększenie kąta pochylenia oprawy mogło doprowadzić do uzyskania lepszego wyniku obliczeń, a co za tym idzie przyjęcia niższej mocy oprawy, która była jednym z kryterium oceny oferty lub pozwoliło Wykonawcy uzyskać wynik zgodny z normą PN-EN 13201 „Oświetlenie dróg”.

Tym samym, niezależnie od odpowiedzi z dnia 7 sierpnia 2020 r. na pytanie nr 41 dotyczącej możliwości regulacji kąta i jej interpretacji, czyli nawet przy przyjęciu interpretacji, iż ww. odpowiedź umożliwiła zmiany regulacji kąta na potrzeby wypełniania załącznika nr 8/10, nie sposób przyjąć, iż ww. odpowiedź dopuściła taką regulację w zakresie wykraczającym poza wartości graniczne wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 40 i OPZ. Uzyskanie kąta 15° będzie niezgodne z wymaganiami SIWZ dotyczącymi regulacji kąta dla opraw, a co za tym idzie niemożliwe do uzyskania podczas rzeczywistej instalacji. Zdaniem Odwołującego, znaczenie prawidłowego wypełnienia Załącznika 8/10 w postępowaniu najlepiej wyłożył sam Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Pollight sp. z o.o. - E.C. Leditech Ltd. oraz oferty wykonawcy Electra M&E Polska Sp. z o.o. z dnia 6 listopada br., wskazując przy tym, iż „Jednocześnie należy stwierdzić, iż załącznik nr 8 do OPZ/10 do SIWZ nie może podlegać uzupełnieniu”, a także:

„Powyższe nie podlega poprawie przez Zamawiającego jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Powyższa zmiana powodowałaby negocjacje złożonej oferty co jest niedopuszczalne w świetle przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp”.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdził, że Zamawiający nie dopuścił zmian załącznika nr 8 do OPZ/ nr 10 do SIWZ i jednocześnie określił konsekwencje dokonania nieuprawnionej zmiany - Brak lub błędne wypełnienie załącznika nr 10 do Formularza oferty, będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP* z uwagi na brak możliwości oceny kryterium. Przyjęcie określonych parametrów wyjściowych przez wykonawcę niż wymagane przez Zamawiającego oraz wykonanie na ich podstawie obliczeń parametrów oferowanych, wskazuje na pełną świadomość i intencjonalność działań wykonawcy LUG, a tym samym nie może być uznane za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a dokonanie zmian oferty w tym zakresie nie może być uznane za nieistotne.

II.2

W powoływanym piśmie z dnia 16 września 2020 r., Zamawiający wskazał, że „wymagane jest załączenie do oferty plików wsadowych dla każdej z optyk (w formacie *ltd. i *pdf) oraz obliczeń fotometrycznych (w formacie *dlx. i *pdf) dla każdego z modeli obliczeniowych wskazanego w Załączniku nr 8 do OPZ”. Jednocześnie, w tym samym dniu Zamawiający sprostował, że pliki wsadowe do obliczeń fotometrycznych należy złożyć w formacie *evo. i *pdf. Uwzględniając powyższe, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą wykonawcy złożyli:

a) pliki wsadowe do obliczeń fotometrycznych - w formacie *ltd. i *pdf oraz

b) obliczenia fotometryczne - w formacie *evo. i *pdf.

Wymóg złożenia rzeczonych formatu *pdf dla plików wsadowych wprost wynikał z wyjaśnień Zamawiającego, które stanowią integralną część SIWZ, a zatem ich złożenie wraz z ofertą było obowiązkiem wykonawców znanym przed terminem składania ofert.

Jak wskazano wyżej, każdy wykonawca zobowiązany był dokonać doboru oferowanych opraw, a tym samym określić wartość mocy i jednocześnie potwierdzić spełnienie normy PN-EN 13201 „Oświetlenie dróg” przez wykonanie stosownych obliczeń i obliczenia te, m.in. w formacie *pdf., należało załączyć do oferty. Na podstawie tego dokumentu, stanowiącego integralną część oferty, Zamawiający ocenił i przyznał konkretną punktację w ramach kryterium oceny ofert. Wykonawca nie złożył wraz z ofertą wymaganych przez Zamawiającego plików wsadowych dla każdej z optyk w formacie *pdf., na podstawie których Zamawiający mógł zbadać czy prawidłowo obliczono i podano w załączniku nr 8/10 moc oferowanej oprawy w opisanych sytuacjach oświetleniowych. Wskazał, że niedopuszczalne jest uzupełnienie elementów, których w ogóle w ofercie - do terminu składania ofert - nie zamieszczono.

Powyższe jest w zgodzie ze stanowiskiem Zamawiającego, który w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert datowanego na 6 listopada 2020 r, jako jeden z powodów odrzucenia oferty Konsorcjum Pollight sp. z o.o. - E.C. Leditech Ltd. oraz wykonawcy Electra M&E Polska Sp. z o.o., wskazał, że do ofert ww. wykonawcy nie załączyli wymaganych przez Zamawiającego plików wsadowych w określonych formatach. Oferty wyżej wskazanych wykonawców zostały odrzucone. Powyższa analiza wskazuje, że Zamawiający nie był konsekwentny w zakresie badania i oceny ofert wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu. Zamawiający bowiem - tak jak w przypadku wykonawców Konsorcjum Pollight sp. z o.o. - E.C. Leditech Ltd. i Electra M&E Polska Sp. z o.o. - powinien odrzucić ofertę LUG, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Przy czym należy wskazać, iż wymaganie załączenia do oferty plików w określonym formacie (w tym przypadku w formacie pdf obok plików w formacie *ltd.) nie jest li tylko wymaganiem o charakterze formalnym (dotyczącym formy, a nie treści oferty). Na powyższe wskazuje nie tylko interpretacja SIWZ dokonana przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia ofert ww. wykonawców, ale także okoliczność, iż pliki w formacie *ltd. nie mogą być elektronicznie podpisane. Tym samym jedynym plikiem/załącznikiem do oferty zawierającym dane wsadowe, miał być i mógł być plik *pdf. Wymaganie i egzekwowanie załączenia do oferty tego typu pliku ma więc oczywiste uzasadnienie merytoryczne, natomiast jego brak decyduje o materialnej niezgodności oferty z SIWZ w zakresie jej sporządzenia.

Innymi słowy, jeden z przedmiotowo istotnych, obligatoryjnych załączników do oferty nie został podpisany i złożony, gdy w pkt 8.10.2 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia załączników w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

II. 3, 4, 5, 6

Jak wskazywano w uzasadnieniu zarzutu II.1, zgodnie z treścią pkt. 8.10.2 SIWZ, do oferty należało dołączyć zał. 8/10 - tabelę obliczeniową do oceny kryterium „Nominalna całkowita moc opraw oświetleniowych”. Tabela ta zawiera obliczenia mocy oferowanych opraw w poszczególnych sytuacjach oświetleniowych (modelach obliczeniowych) oraz stanowi potwierdzenie spełnienia normy PN EN 13 201.

Natomiast dane niezbędne do weryfikacji poprawności wypełnienia zał. 8/10 należało podać w plikach z obliczeniami fotometrycznymi wskazanymi w odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 16 września br.

W świetle ww. odpowiedzi, załączane do oferty pliki z obliczeniami fotometrycznymi zawierające dane, przy pomocy których wypełniono zał. nr 8/10, stanowią integralną i merytorycznie istotną część oferty. Zawarte w nich dane nie mogą być traktowane jako przybliżone, niewiążące i zmienne.

Tego typu pliki obliczeniowe zostało złożone przez LUG wraz z ofertą, jednak z dodatkowym zastrzeżeniem w języku angielskim: „The project is not the offer as concerns law. The presented results are approximate and may change. The actual results may vary depending on the conditions in which the luminaires are installed”, który w języku polskim oznacza: „Projekt nie jest ofertą w rozumieniu przepisów prawa. Przedstawione wyniki są przybliżone i mogą ulec zmianie. Rzeczywiste wyniki mogą się różnić w zależności od warunków; w jakich zainstalowane są oprawy oświetleniowe”.

W zakresie tego zapisu Zamawiający wystosował wezwanie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp w dniu 23 października 2020 r., w ramach którego wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia ww. zapisu oraz czy zapis ten jest wiążący dla Zamawiającego, czy też Zamawiający nie powinien brać go pod uwagę. W odpowiedzi (z dnia 2 listopada 2020 r.) Wykonawca wskazał, co następuje:

(...) *treść znajdująca się w załączniku nr 10 do oferty - protokołach obliczeń „The project is not the offer as concerns law. The presented results are approximate and may change. The actual results may vary depending on the conditions in which the luminaires are installed” stanowi standardową formułę stosowaną systemowo we wszystkich obliczeniowych plikach fotometrycznych sporządzanych przez Wykonawcę. Zapis ten nie jest wiążący dla Zamawiającego i proszę nie brać zapisu pod uwagę. Genezą tego zapisu jest fakt, że odtworzenie w pomiarach dokładnej sytuacji obliczeniowej jest praktycznie niemożliwe, co wyjaśniamy poniżej: Zgodnie z zapisami OPZ pkt. 3.2.1 Parametry techniczne i funkcjonalne bryły fotometryczne układów optycznych opracowano na podstawie modeli obliczeniowych przedstawionych w Załączniku nr 8 do OPZ. Potwierdzenie spełnienia wymagań dla modelowych sytuacji potwierdziliśmy na podstawie obliczeń wykonanych przy pomocy programu Dialux evo, a protokoły z obliczeń zostały dołączone do dokumentów przetargowych. W tym miejscu chcielibyśmy zwrócić uwagę, że są to modele sytuacji reprezentujące wiele sytuacji rzeczywistych. Parametry m.in. określające właściwości refleksyjne nawierzchni zostały uogólnione, nie są jednorodne dla całego zakresu inwestycji, jak również zmieniają się w czasie w skutek normalnego użytkowania drogi. W trakcie użytkowania zmienia się struktura powierzchni warstwy ścieralnej drogi, co powoduje zmianę właściwości refleksyjnych. Wystąpienie innych parametrów refleksyjnych niż w modelu, będzie skutkowało uzyskaniem w pomiarach odmiennych wyników niż w projekcie oświetlenia”. Wyjaśnienia te Zamawiający uznał za wystarczające. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca w sposób nieuprawniony wprowadził do załącznika stanowiącego integralną część oferty i służącego do oceny punktacji przyznanej w ramach kryterium oceny oferty zapis, zgodnie z którym jego samego ten załącznik nie wiąże. Wykonawca zastrzegł bowiem wyraźnie, że (i) tabela ta nie stanowi części oferty w rozumieniu prawa (złożonej przez Wykonawcę w Postępowaniu) (ii) przedstawione w niej wyniki, a więc zaproponowana przez wykonawcę całkowita moc oświetleniowa dla pojedynczych opraw oświetleniowych w poszczególnych sytuacjach oświetleniowych może ulec zmianie i (iii) wyraźnie wskazał, że rzeczywiste wyniki mogą różnić się od warunków instalacji. Żadne z tych zastrzeżeń nie było możliwe do wprowadzenia zgodnie z ustanowionymi przez Zamawiającego w treści dokumentacji Postępowania warunkami i zawartością oferty. Wykonawca pozbawił zatem część złożonej przez siebie oferty wiążącego charakteru, sprowadzając ją do oświadczenia, zgodnie z którym można co najwyżej przypisać zaoferowanej przez niego nominalnej całkowitej mocy opraw oświetleniowych dla określonych przez Zamawiającego modeli obliczeniowych charakter niewiążący. Ofercie w zakresie tego kryterium można przypisać co najwyżej charakter warunkowy, zależny od bliżej niesprecyzowanych „warunków; w jakich zainstalowane są oprawy oświetleniowe”, przy czym Wykonawca nie wskazał nawet szczegółowo tych warunków w treści zastrzeżenia. Co więcej, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Zamawiającego, Wykonawca potwierdził powyższą interpretację ww. zastrzeżenia. Co prawda bowiem wskazał, że zapis nie jest wiążący dla Zamawiającego (co również można rozumieć tak, że zapis nie jest wiążący, ponieważ zgodnie z jego treścią cały załącznik nie stanowi wiążącej treści oferty, a jedynie oświadczenie wykonawcy), ale w dalszej części wyjaśnienia Wykonawca przedstawił wywód, który można sprowadzić do stwierdzenia, iż nie potrafi zagwarantować osiągnięcia zaoferowanej nominalnej całkowitej mocy opraw oświetleniowych przy jednoczesnym spełnianiu wymagań normy PN-EN 13201 „Oświetlenie uliczne” w późniejszych pomiarach. W takiej sytuacji ofercie złożonej przez Wykonawcę nie można przypisać stanowczego i bezwarunkowego charakteru, jaki wymagany jest od oferty złożonej w przetargu nieograniczonym prowadzonym na podstawie Pzp. Nie stanowi ona w istocie oferty w rozumieniu art. 66 § 1 k.c., ponieważ nie konstatuje oświadczenia woli zawarcia umowy uwzględniającej treść złożonego załącznika nr 8/zał. 10 do SIWZ (nie ujawnia woli zawarcia takiej umowy - art. 60 k.c.). Należy zatem uznać, że Wykonawca albo w ogóle nie złożył załącznika nr 8/10 do SIWZ z uwagi na zastrzeżenie pozbawiające go wiążącego charakteru (co zgodnie z wyraźnym wskazaniem w UWADZE do pkt. 16.2.3. SIWZ przytoczonej powyżej prowadzi do odrzucenia oferty) albo dokonał w nim zastrzeżenia warunku. Dodanie do treści oferty przez Wykonawcę warunku powoduje natomiast, że pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ, zachodzi niezgodność o istotnym charakterze, czego konsekwencją również powinno być odrzucenie oferty Wykonawcy.*

Również wskazał (na którym to stanowisku jego zdaniem stoi również Zamawiający, zgodnie z uzasadnieniami odrzucenia ofert innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu), że załącznik nr 8/10 do SIWZ nie może podlegać uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert jako zakres oferty służący do jej oceny w ramach kryteriów oceny ofert. Ewentualnie, nawet gdyby uznać, że Zamawiający uprawniony był do uznania, iż zapis ten nie powinien prowadzić do konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy, a jedynie stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, to powinien poprawić tę omyłkę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, zawiadamiając o tym Wykonawcę. Dodatkowo wskazał, że zgodnie z treścią art. 9 ust. 2 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim, czego wyrazem w ramach Postępowania jest treść pkt. 8.3 SIWZ, zgodnie z którym ofertę należy złożyć w języku polskim. W związku z powyższym, tj. w związku z przedstawieniem istotnego zastrzeżenia ofertowego w języku obcym, również i w tym zakresie oferta Wykonawcy nie jest zgodna zarówno z ustawą, jak i z SIWZ.

II. 7

Zestawienie cen zaoferowanych w tym Postępowaniu pokazuje, że cena ofertowa Wykonawcy rażąco odbiega od średniej arytmetycznej ofert cenowych w tym Postępowaniu, jak i wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Już sama okoliczność, że cena ofertowa jest na granicy hipotezy normy art. 90 ust. 1a pkt. 1 Pzp, która nakłada bezwzględny obowiązek przeprowadzenia procedury wezwania do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Zaoferowana przez Wykonawcę cena jest bowiem o ok. 28,49% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Jednocześnie bowiem istotna różnica zachodzi pomiędzy zaoferowaną ceną a średnią arytmetyczną cen ofert złożonych w Postępowaniu - 23,49%, a więc również wartość

nieodległa od hipotezy normy art. 90 ust. 1a pkt. 2 Pzp. Przy czym spośród ofert, które pozostały w niniejszym Postępowaniu, oferta Wykonawcy jest jedyną na tak niskim poziomie cenowym, z różnicą ok. 20,76% od kolejnej ceny ofertowej w rankingu. Tak duża różnica w cenie ofertowej również uzasadnia wątpliwości w zakresie prawidłowości kalkulacji ceny i co za tym idzie - zabezpieczenia realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę. Najważniejszymi pozycjami kosztotwórczymi, konsumującymi blisko 80% wartości zamówienia pozostają ceny źródeł LED, zasilaczy i wytworzenia obudów. Przy zastanych rynkowych cenach ww. komponentów, LUG nie będzie w stanie zapewnić ich pokrycia oraz pokrycia wszystkich innych kosztów realizacji zamówienia (w szczególności kosztów osobowych, marż, kosztów pośrednich...). Dla przykładu, samo zamówienie/wykonanie narzędzi do wykonania korpusów to koszt rzędu 300 000 EUR. Dodał, że w odróżnieniu od LUG, Odwołujący jest przedsiębiorstwem prowadzącym działalność globalnie, ze znacznie większą skalą produkcji od Wykonawcy, co umożliwi dokonanie pełnej optymalizacji kosztowej i złożenie znacznie bardziej konkurencyjnej oferty. Na podstawie wiedzy branżowej i rynkowej dostępnej zarówno Odwołującemu, jak i Zamawiającemu nie sposób wywnioskować, w jaki sposób Wykonawca byłby zdolny zaoferować tak niską cenę ofertową kalkulując w nią jednocześnie jakakolwiek marżę. Powyższe okoliczności powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego oraz winny być zweryfikowane w drodze opisanej w przepisach Pzp procedury badania ceny rażąco niskiej.

W związku z powyższym zasadnym jest wezwanie Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, co pozwoli przesądzić lub wykluczyć czy jest to cena rażąco niska.

II.8

Wykonawca wraz z odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 Pzp, datowaną na 2 listopada 2020 r., dokonał zastrzeżenia jako tajemnicy swojego przedsiębiorstwa informacji zawartych w Wykazie usług złożonym w ramach tej odpowiedzi oraz przedłożył uzasadnienie mające na celu wykazanie, iż zastrzeżone informacje mają taki charakter. Kolejno, Zamawiający wystosował do Wykonawcy wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, którego treść w zakresie dotyczącym ww. dokumentu nie została ujawniona Odwołującemu. Również w treści odpowiedzi na rzeczne wezwanie, Wykonawca dokonał zastrzeżenia informacji dot. Wykazu usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa, z uzasadnieniem identycznym jak poprzednie. Z uwagi na obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego naczelną zasadę jawności postępowania (art. 8 ust. 1 Pzp), ustawodawca przewidział, że pierwszym warunkiem skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest dokonanie tego w terminie, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp. Zgodnie bowiem z treścią tego przepisu, „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Termin składania ofert w ramach Postępowania upłynął w dniu 23 września 2020 r., a więc bezspornie Wykonawca zastrzegł charakter niektórych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa już po terminie określonym w art. 8 ust. 3 Pzp i już z tej przyczyny uznanie treści tego dokumentu za tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy przez Zamawiającego nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Po drugie, w celu skutecznego zastrzeżenia przedstawionych Zamawiającemu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest wykazanie łącznego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 UZNK. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO „Izba nie może z urzędu doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji.” (por. wyrok KIO 200/18). Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się (i) informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, (ii) 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, (iii) o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”. Uzasadnienie Wykonawcy dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych przez niego dokumentów przede wszystkim nie wykazuje w sposób wystarczający spełnienia trzeciej przesłanki z powyższych, tj., że wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Uzasadnienie Wykonawcy dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych dokumentów jest bardzo ogólne - poza okolicznością, że pracownicy przedsiębiorstwa Wykonawcy są zobowiązani do zachowywania informacji w poufności (na dowód czego przedłożono standardowy wzór takiego zobowiązania) - znajdują się w nim jedynie ogólne stwierdzenia o organizowanych szkoleniach, wewnętrznych zasadach organizacyjnych i zabezpieczeniach technicznych. Zwrócił uwagę, że samo zobowiązanie pracowników Wykonawcy do nieujawniania informacji poufnych nie jest w żaden sposób wystarczający dla starannego przedsiębiorcy do ochrony takich informacji. Informacje takie muszą być bowiem odpowiednio zabezpieczone w sposób fizyczny przed dostępem osób nieuprawnionych. Także dane w systemach teleinformatycznych Wykonawcy powinny być chronione przed nieuprawnionym dostępem. Dodatkowo, na rynku powszechną praktyką jest zawieranie w umowach z kontrahentami klauzul zobowiązujących do zachowania wrażliwych informacji w poufności. Wykonawca nie wykazał jednak żadnej z ww. okoliczności, ani jakiegokolwiek innego faktu świadczącego o dochowaniu należytej staranności dla utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności, samo ogólne wymienienie przez Wykonawcę kilku standardowo w tego typu sytuacjach podawanych działań podejmowanych w celu zachowania poufności bez dołączenia dokumentów to potwierdzających lub choćby je uprawdopodobniających - nie może być bowiem uznane za wykazane, a jedynie za gołosłowne twierdzenia, nie poparte żadnymi dowodami. Nie jest też wystarczające skonstatowanie, jak to uczynił Wykonawca, że „ze względu na materię Wykonawca nie może szczegółowo opisać zasad ochrony tych informacji”, skoro również i przedłożone dowody w tym zakresie mogłyby zostać objęte reżimem ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji ujawnione jedynie Zamawiającemu na potrzeby wykazania spełnienia przesłanek, o których mowa w UZNK - czego jednak Wykonawca zaniechał. O tajemnicy przedsiębiorstwa nie świadczy sam charakter informacji objętych tym zastrzeżeniem. W orzecznictwie trafnie się podkreśla, iż informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawnymi tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru, (por. wyrok KIO z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 200/18), zaś do wykazania łącznego wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Stosownie w orzecznictwie wskazuje się, że „... nałożony przez ustawodawcę obowiązek wykazania oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.” - por. wyrok KIO 2296/18.

Konieczne jest zatem rozstrzygnięcie, iż przesłanka ta nie została przez Wykonawcę wykazana w sposób wystarczający, a w konsekwencji - ujawnienie zastrzeżonych informacji.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że informacje zawarte w zał. nr 4 Doświadczenie wykonawcy, złożonym w odpowiedzi na wezwanie nie posiadają realnej wartości gospodarczej i organizacyjnej, a w każdym bądź razie Wykonawca nie wykazał, by takową posiadały. Nie są informacjami tajnymi informacje na temat podmiotów, które ze względu na prowadzoną działalność składają zamówienia na oprawy oświetleniowe. Bez szczegółowego uzasadnienia nie sposób uznać, że wykonywanie takich zamówień dla poszczególnych podmiotów stanowi informację wrażliwą - a takiego szczegółowego uzasadnienia Wykonawca zaniechał. Odwołujący nie kwestionuje, że pewne szczegóły takie jak wartość zrealizowanych zamówień mogą podlegać utajnieniu jako wrażliwe przy wykazaniu takiego ich charakteru, jednakże sam fakt, iż klientami Wykonawcy są podmioty prywatne nie wskazuje jeszcze na szczególną wartość gospodarczą informacji, a co najwyżej na brak jej ujawnienia w publicznych publikatorach.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 17 grudnia 2020 r.) wniósł o jego oddalenie w szczególności wskazując:

W zakresie zarzutu z pkt II.1:

Zgodnie z pkt 16.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), jednym z kryteriów oceny ofert przewidzianym w Postępowaniu jest kryterium, „Nominalna całkowita moc opraw oświetleniowych dla określonych przez Zamawiającego modeli obliczeniowych – 10%. Wśród załączników do SIWZ (Załącznik nr 10), Zamawiający załączył Tabelę obliczeniową do oceny kryterium „Nominalna całkowita moc opraw oświetleniowych”, która stanowi jednocześnie Załącznik nr 8 do OPZ (dalej także jako „Załącznik 10” lub Załącznik nr 8” lub „Załącznik Nr 8/10”). Z kolei zgodnie z odpowiedziami na pytania:

Pytanie nr 40: „Wnioskujemy o zmianę S/WZ dotyczącą zakresu regulacji kąta pochylenia opraw. „Oprawa powinna być wyposażona w uniwersalny uchwyt, mocowany bocznie, pozwalający na montaż zarówno na wysięgniku jak i bezpośrednio na słupie, o średnicy wewnętrznej 60-72 mm (rozmiar A), 48-62 mm (rozmiar B) z możliwością montażu na sztorc oraz pochylenia w minimalnym zakresie od -10st. do +10st.” na treść: „Oprawa powinna być wyposażona w uniwersalny uchwyt, mocowany bocznie, pozwalający na montaż zarówno na wysięgniku jak i bezpośrednio na słupie, o średnicy wewnętrznej 60-72 mm (rozmiar A), 48-62 mm (rozmiar B) z możliwością montażu na sztorc oraz pochylenia w minimalnym zakresie od 0st. do +10st. montaż bezpośredni na słupie, od -10st. do +10st. montaż na wysięgniku”. Proszę wnioskujemy tym, że nie stosuje się kątów ujemnych przy montażu opraw bezpośrednio na słupie, a tego wymaga obecny zapis. Wymaganie to niepotrzebnie podnosi koszty wykonania produktu”.

Odpowiedź: „Zamawiający zmienia istniejący zapis S/WZ na nowy o następującej treści: „Oprawa powinna być wyposażona w uniwersalny uchwyt, mocowany bocznie, pozwalający na montaż zarówno na wysięgnika jak i bezpośrednio na słupie, o średnicy wewnętrznej 60-72 mm (rozmiar A), 48-62 mm (rozmiar B) z możliwością montażu na sztorc oraz pochylenia w minimalnym zakresie od 0 st. do +10 st. - montaż bezpośredni na słupie, od -10st. do +10st. - montaż na wysięgniku”.

Pytanie nr 41: „Prosimy o potwierdzenie, że w obliczeniach fotometrycznych dopuszcza się stosowanie regulacji kąta pochylenia oprawy”.

Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że w obliczeniach fotometrycznych dopuszcza się stosowanie regulacji kąta pochylenia oprawy”.

W niniejszej sprawie istotnym jest, czym jest kąt montażu, o którym mowa w Załączniku nr 8/10. Wyjaśniamy, że w tabeli stanowiącej Załącznik nr 8 zawarto dane wsadowe, gdzie:

- kąt montażu oznacza nachylenie wysięgnika, na którym będzie zamontowana oprawa oświetleniowa względem jezdni,
- kąt montażu 0 stopni oznacza, że wysięgnik jest zamontowany równoległe do płaszczyzny jezdni, prostopadle do słupa,
- kąt montażu 5 stopni oznacza, że wysięgnik odchylony o 5 stopni względem płaszczyzny jezdni.

Natomiast w programie obliczeniowym należy wpisać kąt nachylenia oprawy względem jezdni, który jest sumą kątów nachylenia wysięgnika, na którym jest montowana oprawa (tj. kąt montażu podany w Załączniku nr 8/10), i nachylenia oprawy względem samego wysięgnika.

W celu wyjaśnienia: kąt nachylenia oprawy względem jezdni np. 10 stopni można uzyskać na cztery sposoby:

- nachylenie wysięgnika 0 st. nachylenie oprawy 10 st.
- nachylenie wysięgnika 5 st. nachylenie oprawy 5 st.
- nachylenie wysięgnika 10 st. nachylenie oprawy 0 st.
- nachylenie wysięgnika 15 st. nachylenie oprawy - 5 st.

Dla programu obliczeniowego będzie to jednak zawsze kąt nachylenia 10 stopni, niezależnie od konfiguracji, jaka zostanie przyjęta. Dzięki regulacji kąta montażu oprawy względem wysięgnika przy założeniu kąta nachylenia wysięgnika względem jezdni, zgodnie z wartościami podanymi przez Zamawiającego w Załączniku nr 8 do OPZ/IO do SIWZ możliwe jest uzyskanie różnych wartości kąta nachylenia oprawy względem jezdni. Regulacje kąta nachylenia oprawy względem jezdni prowadzi się w celu uzyskania optymalnych warunków oświetlenia jezdni, tj. wymaganych minimalnych parametrów przy możliwie najniższym zużyciu mocy. Podkreślił, że w programie obliczeniowym podany jest tylko kąt nachylenia oprawy względem jezdni. Program nie uwzględnia regulacji kąta nachylenia oprawy względem wysięgnika w domyślnie jest on przyjęty jako 0 stopni. Przedstawił przykład z programu obliczeniowego.

(1) Wysokość punktu świetlnego	12.000 m
(2) NawJs punktu świetlnego	0.500 m
(3) Nachylenie wysięgnika	5.00
(4) Długość wysięgnika	1 .000 m
Godziny pracy w ciągu roku	4000 h: 100.0 96, 107.1 W
	3 105,9 W/km
ULR / ULOR	0.00 / 0.00

Odstęp słupa 35.000

W tym przypadku, jeżeli na ulicy będą wysięgniki o kącie nachylenia 5 st., kąt nachylenia oprawy będzie wynosił 0 st. Ale jeżeli któryś wysięgnik będzie miał inny kąt nachylenia, wtedy kątem nachylenia oprawy względem wysięgnika będzie można tak wykonać regulację, aby uzyskać taki kąt nachylenia oprawy względem jezdni, który zapewni optymalne oświetlenie.

Odwolujący wskazuje, że powyższa odpowiedź (tj. odpowiedź na pyt. 41) dotyczy wymagań OPZ względem zaprojektowania przedmiotu dostawy (parametrów „montażowych” określonych w OPZ), nie dotyczy natomiast parametrów podanych w zał. 8/10 w liczbach bezwzględnych (nie w przedziałach) d/a zapewnienia porównywalności ofert przez zapewnienie tożsamy danych ujęciowych. Ma obliczenia mocy. Załącznik nr 8/10 pozostał w tym zakresie niezmieniony - nie dokonano żadnej modyfikacji narzucanych w nim parametrów obliczeniowych. Przyjęcie możliwości nieograniczonej „regulacji” tego typu danych sprowadza ideę porównywalności ofert w ramach ww. kryterium do absurdu. Zwrócił uwagę, że Zamawiający planuje wymianę wyeksploatowanych istniejących opraw w starszej technologii na te będące przedmiotem dostawy, natomiast nie planuje w najbliższym czasie wymiany pozostałych elementów infrastruktury oświetlenia, m. in. wysięgników. Zatem wszystkie nowe oprawy, będące przedmiotem zamówienia, będą montowane na istniejących wysięgnikach, których kąt nachylenia względem jezdni jest różny i nie ma możliwości jego zmiany. W związku z powyższym Zamawiający wymaga możliwości regulacji kąta nachylenia oprawy względem wysięgnika, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 40. Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 41 Zamawiający precyzuje, że dopuszcza stosowanie regulacji kąta nachylenia oprawy względem wysięgnika w zakresie opisanym w odpowiedzi na pytanie nr 40 w obliczeniach fotometrycznych. Wyjaśnił, że w odpowiedzi na pytanie nr 41 miał na myśli obliczenia fotometryczne na potrzeby sporządzenia oferty w zakresie kryterium nr 3 oceny ofert. W ocenie Zamawiającego oczywistym jest, że skoro wymagana jest możliwość regulacji kąta nachylenia oprawy względem wysięgnika w zakresie podanym w odpowiedzi na pytanie nr 40, obliczenia fotometryczne w trakcie realizacji umowy muszą uwzględniać możliwość tej regulacji.

Odwolujący nie może decydować, w jaki sposób należy rozumieć odpowiedzi na pytania, bowiem to nie Wykonawca jest podmiotem, który dokonuje interpretacji SIWZ. Wskazał na wyrok z 18 grudnia 2002 r. Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt V Ca 1311/02) i stanowisko: „Wyjaśnienia do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu”.

W związku z tym wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego są wiążące dla Wykonawców przygotowujących oferty. Wykonawca nie może pomijać udzielonych odpowiedzi i ograniczać się wyłącznie do stosowania się do tych, które są dla niego korzystne, co wydaje się czynić Odwołujący.

Podsumowując, jako „kąt montażu” w Załączniku nr 8/10 Zamawiający rozumie kąt nachylenia wysięgnika względem jezdni, tj. kąt na którym będzie zainstalowana oprawa. Zatem przykładowo, jeśli oprawa jest zamontowana na wysięgniku o kącie nachylenia 5 stopni, a oprawa ma możliwość regulacji kąta od -10 do +10 stopni, możliwe jest uzyskanie sumarycznego kąta nachylenia oprawy względem jezdni w zakresie od -5 do +15 stopni. W związku z tym tabela przedstawiona przez Odwołującego w odwołaniu, przedstawia nieprawdziwe dane, w związku z tym, że opierają się one na niewłaściwych założeniach. Zamawiający określił w Załączniku nr 8 kąt montażu, czyli kąt nachylenia wysięgnika względem jezdni, a w odpowiedzi na pytanie nr 40 z dnia 7 sierpnia 2020 r. sprecyzował, że oprawa musi mieć możliwość regulacji kąta montażu na wysięgniku w zakresie minimalnym od -10 do +10 stopni (oprawy uliczne). Ważne jest - co zupełnie zdaje się pomijać Odwołujący twierdząc, że „z ww odpowiedzi wynika, że wymagany zakres regulacji kąta montażu oprawy na wysięgniku wynosi od -10 do +10 stopni” - że w pytaniu nr 40 określono, że oprawa powinna mieć możliwość pochylenia w minimalnym zakresie od 0 do +10 st. - montaż bezpośredni na słupie, od -10 do +10 st. - montaż na wysięgniku. Oznacza to, że zakres podany przez Zamawiającego w pytaniu nie jest zamknięty, lecz tworzy zakres otwarty. Zatem w ocenie Zamawiającego, firma LUG wypełniła tabelę - Załącznik nr 8 prawidłowo, także w poz. 6 i 22. Zwrócił uwagę, że inni Wykonawcy, nie tylko firma LUG wypełniła załącznik nr 8 w dopuszczony przez Zamawiającego sposób.

W zakresie zarzutu z pkt II.2:

Zamawiający wymagał dołączenia do oferty plików wsadowych do obliczeń fotometrycznych w formacie .ltd oraz .pdf a także obliczeń fotometrycznych w formacie *.evo i .pdf

Odwolujący twierdzi, że LUG nie złożył wraz z ofertą wymaganych przez Zamawiającego plików wsadowych dla każdej z optyk w formacie .pdf, a ponadto, że pliki w formacie *.ltd nie mogą być elektronicznie podpisane. Tym samym jedynym plikiem/załącznikiem do oferty zawierającym dane wsadowe, miał być i mógł być plik *.pdf. Wymaganie i egzekwowanie załączenia do oferty tego typu pliku ma więc oczywiste uzasadnienie merytoryczne, natomiast jego brak decyduje o materialnej niezgodności oferty z S/WZ w zakresie jej sporządzenia.

Zarzut ten jest chybiony. LUG złożył wraz z ofertą wymagane pliki wsadowe w formatach wymaganych przez Zamawiającego. Dane wsadowe dla każdej z optyk w formacie .pdf są zawarte w obliczeniach fotometrycznych i zostały podpisane przez LUG zgodnie z zasadami reprezentacji spółki. W tym zakresie Zamawiający nie miał wątpliwości co do prawidłowości postępowania LUG. Zamawiający nigdzie na narzucal sposobu prezentacji plików wsadowych, nie wymagał w tym zakresie złożenia jako .pdf osobnego dokumentu (de facto nie ma to żadnego znaczenia). Istotne jest, że plik w formacie *.ltd to edytowalny plik, który można otworzyć w programie Dialux. Dzięki temu, można zobaczyć dane wsadowe i ocenić ich prawidłowość oraz zgodność z wymaganiami Zamawiającego. Plik ten zatem był istotny z punktu widzenia oceny i porównania ofert. W związku z tym, de facto, brak pliku w formacie *.ltd przesądza o niemożliwości oceny oferty, na co wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 06 listopada 2020 r. zawiadamiającym o odrzuceniu ofert. Tym niemniej - czego nie zauważa Odwołujący - to brak pliku w formacie *.ltd (a nie wyłącznie brak pliku w formacie .pdf) stanowił jeden z braków ofert wykonawców, których oferty zostały odrzucone. BOWIEM DO ODRZUCENIA OFERT (i) Konsorcjum Pollight Sp. z o.o., E.C. Leditech Ltd. (Konsorcjum Pollight) oraz (ii) Electra M&E Polska Sp. z o.o. (wykonawca Electra) doszło z powodu dokonania nieuprawnionej zmiany w Załączniku nr 8 przez w/w podmioty.

Co do oferty Konsorcjum Pollight podał: W wyjaśnieniach z dnia 07 sierpnia 2020r. Zamawiający stwierdził: „Pytanie nr 107: „Załączniku nr 10 do OPZ wskazuje konkretny typ opraw do konkretnych sytuacji oświetleniowych i ulic. Wykonane dotychczas symulacje fotometryczne dla opraw Typu A potwierdzają w wielu przypadkach, że spełnienie określonych wymagań fotometrycznych jest możliwe przy zastosowaniu oprawy Typu B. Przyjmując założenie, że mniejsza oprawa będzie rozwiązaniem tańszym, a co za tym idzie wpłynie korzystnie na wartość zamówienia i pozwoli oferentom na uczciwą konkurencję technologiczną, czy Zamawiający pozostawi decyzję o wyborze oprawy (pomiędzy Typ A i Typ B) Wykonawcy, oczywiście, przy założeniu, że ciągi świetlne muszą być wykonane w oparciu o ten sam (jeden) typ oprawy”? Odpowiedź: „Zamawiający nie dopuszcza zmiany załącznika nr 8 do OPZ/załącznika nr 10 do S/WZ w tym zakresie”.

Wykonawca dokonał nieuprawnionej zmiany Załącznika nr 8 do OPZ (nr 10 do S/WZ) w poz. 18 i 19 - Wykonawca użył rozmiaru oprawy B zamiast A. ”

„Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, iż Zamawiający nie dopuścił zmian załącznika nr 8 do OPZ/ nr 10 do siwz i jednocześnie określił konsekwencje dokonania nieuprawnionej zmiany - Brak lub błędne wypełnienie załącznika nr 10 do Formularza ofert będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na brak możliwości oceny kryterium. W związku z powyższym oferta Konsorcjum Pollight została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, gdyż treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do oferty wykonawcy Electra) podał: „Wykonawca przyjął niewłaściwe dane w obliczeniach w poz. 14 i 22 Załącznika nr 8 do OPZ (nr 10 S/WZ). Wykonawca w obliczeniach wprowadził dane inne niż zadane w poz. 14 i 22 Załącznika nr 8 do OPZ/ nr 10 S/WZ). Wykonawca użył innej moc opraw w obliczeniach w stosunku do wartości wpisanych w poz. 19, 20 i 21 Załącznika nr 8 do OPZ/ nr 10 siwz.

„Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Zamawiający nie dopuścił zmian załącznika nr 8 do OPZ/ nr 10 do S/WZ i jednocześnie określił konsekwencje dokonania nieuprawnionej zmiany - Brak lub błędne wypełnienie załącznika nr 10 do Formularza oferty będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak możliwości oceny kryterium. W związku z powyższym oferta Konsorcjum Pollight została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, gdyż treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podsumowując, LUG załączył pliki wsadowe w wersji edytowalnej w formacie .ltd a także w .pdf, a zatem Zamawiający otrzymał kompletne pliki wsadowe i informacje tam zawarte w celu oceny oferty LUG. Ponadto w tym przypadku w ogóle nie zachodzi sytuacja podobna do podstaw odrzucenia ofert (i) Konsorcjum Pollight Sp. z o.o., E.C. Leditech Ltd. oraz (ii) Electra M&E Polska Sp. z o.o., w związku z tym porównanie oferty LUG do ofert odrzuconych jest nieuprawnione.

W zakresie zarzutów z pkt II. 3, 4, 5 i 6:

W załączniku nr 8 przy ofercie LUG pojawiła się, w języku angielskim notatka, która wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, dlatego wystosował w dniu 23 października 2020 r. wezwanie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, w ramach którego wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia ww. zapisu oraz czy zapis ten jest wiążący dla Zamawiającego, czy też Zamawiający nie powinien brać go pod uwagę. W odpowiedzi (z dnia 2 listopada 2020 r.) Wykonawca wskazał, że zapis ten jest zapisem systemowym, standardowym i nie jest wiążący dla Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego przedmiotowy zapis został wytworzony na wydruku systemowym, zatem został wygenerowany przez program, w który posiada ustawienia systemowe w programie obliczeniowym. Wykonawca wyraźnie oświadczył, iż zapis ten nie jest wiążący dla Zamawiającego a Zamawiający nie ma podstaw, aby kwestionować zapewnienie Wykonawcy. W związku z tym twierdzenia Odwołującego o braku wiążącego charakteru ofert firmy LUG i warunkowości oferty w świetle oświadczenia Firmy LUG są nieuprawnione.

Odwołujący w nawiązaniu do wyjaśnień firmy LUG w brzmieniu: „*Genezą tego zapisu jest fakt, że odtworzenie w pomiarach dokładnej sytuacji obliczeniowej jest praktycznie niemożliwe, co wyjaśniamy poniżej: Zgodnie z zapisami OPZ pkt. 3.2.1 Parametry techniczne i funkcjonalne bryły fotometryczne układów optycznych opracowano na podstawie modeli obliczeniowych przedstawionych w Załączniku nr 8 do OPZ Potwierdzenie spełnienia wymagań d/a modelowych sytuacji potwierdziliśmy na podstawie obliczeń wykonanych przy pomocy programu Dialux.evo, a protokoły z obliczeń zostały dołączone do dokumentów przetargowych. W tym miejscu chcielibyśmy zwrócić uwagę, że są to modele sytuacji reprezentujące wiele sytuacji rzeczywistych. Parametry m.in. określające właściwości refleksyjne nawierzchni zostały/uogólnione, nie są jednorodne d/a całego zakresu inwestycji, jak również zmieniają się w czasie w skutek normalnego użytkowania drogi. W trakcie użytkowania zmienia się struktura powierzchni warstwy ścieralnej drogi, co powoduje zmianę właściwości refleksyjnych. Wystąpienie innych parametrów refleksyjnych niż w modelu, będzie skutkowało uzyskaniem w pomiarach odmiennych wyników niż w projekcie oświetlenia”.*

- stwierdził, że „Wykonawca przedstawił wywód, który można sprowadzić do stwierdzenia, iż nie potrafi zagwarantować osiągnięcia zaofertowanej nominalnej całkowitej mocy opraw oświetleniowych przy jednoczesnym spełnianiu wymagań normy PN-EN 13201 „Oświetlenie uliczne” w późniejszych pomiarach. Zwrócił uwagę, iż obliczenia (wszystkich Wykonawców w tym również Odwołującego) zostały wykonane dla wyidealizowanych modeli drogi, a nie sytuacji rzeczywistych. W związku z tym w trakcie wykonywania projektów fotometrycznych dla prawdziwych odcinków drogi, mimo podobnej geometrii, obliczenia mogą się różnić, co będzie skutkowało koniecznością dobrania innych optyk lub mocy opraw. Celem kryterium nr 3 było porównanie proponowanych przez oferentów optyk opraw oświetleniowych na modelowych warunkach, przy założonych warunkach brzegowych.

W zakresie zarzutów z pkt II. 7:

W niniejszej sprawie nie przedstawiono żadnego zarzutu ani żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, chociaż to Odwołujący powinien takie dowody przedstawić. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest z obowiązany na podstawie PZP oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Istotne jest, aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno Zamawiającemu jak i uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności. W odwołaniu żaden zarzut w tym zakresie nie został postawiony. Odwołujący stwierdza wyłącznie, iż cena ofertowa Wykonawcy LUG rażąco odbiega od średniej arytmetycznej ofert cenowych w tym Postępowaniu, jak i wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Jednak w ocenie Zamawiającego dopiero przekroczenie progu wskazanego w art. 90 ust. 1a pkt. 1 Pzp uzasadniałoby powyższe twierdzenie i obligatoryjność (a nie możliwość) postępowania przez Zamawiającego zgodnie z procedurą określoną w Pzp. Wskazał na wymagane przesłanki z art. 90 Pzp. Zamawiający przeprowadził analizę i nie stwierdził, aby zaofertowana cena lub jej istotne części składowe, były rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia a zatem nie budziły wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W niniejszej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której wezwanie do wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, byłoby obligatoryjne, tj. cena oferty firmy LUG nie jest niższa, o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, co potwierdza sam Odwołujący (28,49 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT).

W zakresie zarzutu z pkt II. 8:

Zgodnie treścią art. 8 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 ust. 3 Pzp nakazuje zatem wykonawcy „wykazanie”, że określone informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Zakres obowiązków ciążących na wykonawcy w związku z koniecznością wykazania, że dane

informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa określała niejednokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza, wskazując, że pojęcie „wykazania” nie równa się pojęciu „udowodnienia”, a w związku z tym, Wykonawca nie jest obowiązany do przedstawiania dowodów, a jedynie zaprezentowania odpowiedniego uzasadnienia, dla którego określone przez niego informacje powinny pozostać tajnymi (por. KIO 1015/17).

Legalną definicję pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa” zawiera aktualnie przepis art. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej również: „u.z.n.k.”), 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 których jest uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.”

Powyższa definicja obowiązuje od dnia 4 września 2018 r. i w porównaniu do definicji obowiązującej w poprzednim stanie prawnym, w sposób znacznie szerszy określa zakres pojęciowy tajemnicy przedsiębiorstwa. Omawiana definicja przede wszystkim stanowi, że nawet pojedyncza informacja ogólnie znana, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy przedstawiona zostanie w odpowiednim zestawieniu lub zbiorze, które to zestawienie lub zbiór nie są powszechnie znane. Co więcej, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie muszą być bynajmniej tajne dla ogółu, a jedynie dla osób zwykle zajmujących się określonym rodzajem informacji nie być dla nich łatwo dostępne, to znaczy, że możliwe jest dotarcie do tych informacji co od zasady, jednak poprzez poczynienie odpowiedniego nakładu pracy.

Odwołujący twierdzi, iż:

- LUG nie wykazał, że wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
- uzasadnienie Wykonawcy dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych dokumentów jest bardzo ogólnikowe poza okolicznością, że pracownicy przedsiębiorstwa Wykonawcy są zobowiązani do zachowywania informacji w poufności (na dowód czego przedłożono standardowy wzór takiego zobowiązania) - znajdują się w nim jedynie ogólne stwierdzenia o organizowanych szkoleniach, wewnętrznych zasadach organizacyjnych i zabezpieczeniach technicznych.
- informacje takie muszą być odpowiednio zabezpieczone w sposób fizyczny przed dostępem osób nieuprawnionych. Także dane w systemach teleinformatycznych Wykonawcy powinny być chronione przed nieuprawnionym dostępem. Dodatkowo, na rynku powszechną praktyką jest zawieranie w umowach z kontrahentami klauzul zobowiązujących do zachowania wrażliwych informacji w poufności. Wykonawca nie wykazał jednak żadnej z ww. okoliczności, ani jakiegokolwiek innego faktu świadczącego o dochowaniu należytej staranności dla utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności, samo ogólne wymienienie przez Wykonawcę kilku standardowo w tego typu sytuacjach podawanych działań podejmowanych w celu zachowania poufności bez dołączenia dokumentów to potwierdzających lub choćby je uprawdopodobniających - nie może być bowiem uznane za wykazane, a jedynie za gołosłowne twierdzenia, nie poparte żadnymi dowodami.

Jednak w ocenie Zamawiającego w niniejszej sytuacji przy dokonaniu oceny należy postępować zgodnie z poniższymi zasadami:

- ✓ „Rodzaj i zakres wymaganych zabezpieczeń zależą będzie zatem w szczególności od rodzaju informacji, sposobu utrwalenia informacji, struktury oraz wielkości przedsiębiorstwa, a także pozycji rynkowej danego wykonawcy.” - KIO 1425/19.
- ✓ „Dodatkowo obecne brzmienie art. 11 ust. 2 ZNKU wskazuje, że ocena, czy wykonawca podjął odpowiednie działania mające na celu utrzymanie określonych informacji w poufności powinna być dokonywana przez przyzmat wymaganej od niego należytej staranności. Odpowiedni poziom tej staranności powinien być oceniany z uwzględnieniem przede wszystkim sytuacji określonego wykonawcy, w szczególności formy i skali prowadzonej przez niego działalności, specyfiki rynku i charakteru zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji. W konsekwencji w niektórych przypadkach wystarczające będzie złożenie na tę okoliczność stosownych wyjaśnień, w innych konieczne będzie poparcie wyjaśnień odpowiednimi dowodami.

Odwołujący sam podkreślił różnicę między nim a firmą LUG „Jednocześnie należy dodać, iż w odróżnieniu od LUC, Odwołujący jest przedsiębiorstwem prowadzącym działalność g/oba/nje, ze znacznie większą skalą produkcji od Wykonawcy) zatem w ocenie Zamawiającego sposób i jakość zabezpieczeń oraz podejmowanych czynności ochronnych w celu zachowania informacji w poufności zdecydowanie różni się między Odwołującym a firmą LUG. Odwołujący nie może wymagać aby te same zasady i czynności, które stosuje, stosowały również inne firmy w tym firma LUG. W ocenie Zamawiającego zastrzeżenie dokonane przez firmę LUG jest szczegółowe i wyczerpujące oraz w sposób wystarczający firma LUG wykazała zasadność zastrzeżenia wskazanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie dotyczyło zarówno referencji jak i załącznika „Doświadczenie wykonawcy”. Argumenty przedstawione przez firmę LUG należy odnieść zarówno do referencji jak i do załącznika „Doświadczenie wykonawcy” w szczególności są to następujące twierdzenia:

- ✓ „Wskazane są w nich podmioty, które nie są podmiotami publicznymi, które są zobowiązane do ujawniania informacji dotyczących umów zawieranych w ramach polskiej procedury zamówień publicznych, a tym nie samym nie stanowią informacji publicznej w rozumieniu przepisów prawa, w szczególności zaś nie są publicznie dostępne. Dokumenty zawierają dane podmiotu, który je wstawił oraz Mość, a czasami również wartość zakupionego towaru, w związku z czym pozwalają na zidentyfikowanie istotnych klientów Wykonawcy oraz wolumenu sprzedaży pomiędzy podmiotami,
- ✓ Nie podlega wątpliwości, że wskazanie nazw i adresów kontrahentów, którzy mają znaczący wpływ na generowaną sprzedaż stanowi dla Wykonawcy informację poufną, która powinna być kwalifikowana jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ze względu na naturę praktycznej Wykonawca zobowiązany jest wskazać Zamawiającemu nazwy i adresy jednych z największych klientów Wykonawcy. Należy również zaznaczyć, że wskazanie na obrót realizowany z tymi kontrahentami Wykonawcy może powodować istotne problemy w dalszej współpracy pomiędzy Wykonawcą a jego klientami. Ujawnienie wolumenów zakupowych nie jest pożądanym przez klientów i zostanie przez nich odebrane jako naruszenie zasad lojalnej współpracy, co stanowi poważne ryzyko dla dalszej niezakłóconej relacji handlowej,
- ✓ Przedmiotową sytuację mogą dodatkowo zaostrzać różnice kulturowe związane z lokalizacjami, z których pochodzą kontrahenci Wykonawcy. W obecnych czasach proces pozyskania informacji o potencjalnych klientach oraz próby nawiązania kontaktu z odpowiednimi osobami stanowią istotne źródło kosztów, związanych z „jazdami pracowników, spotkaniami etc. Ujawnienie do publicznej wiadomości listy kluczowych kontrahentów powoduje, że konkurencja Wykonawcy będą mogła rozpocząć bezpośrednie rozmowy z tymi podmiotami, tym samym oszczędzając zasoby przeznaczane w praktyce na wyszukiwanie tych podmiotów. Wykonawca pragnie ponownie zaznaczyć, że koszty te

- stanowią istotną część kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa,
- ✓ Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że w materiałach marketingowych nie wskazuje nazw swoich kontrahentów, jak również cen oraz dokładnej Mości asortymentu, który został dostarczony. Należy podkreślić, że referencje, które zostały wskazane w dokumencie oraz załącznikach nie są publikowane przez Wykonawcę, jak również ich pozyskanie nie zostało poczynione w ce/u informowania nieograniczonego grona odbiorców,
 - ✓ Tym samym referencje te oraz dane zawarte w dokumencie Doświadczenie wykonawcy nie powinny być postrzegane jako elementy, które są ogólnie znane i dostępne dla szerokiego grona podmiotów, ale jako element strategii biznesowej Wykonawcy, która bezsprzecznie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk,
 - ✓ Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku 54/15 stwierdziła, że „Tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest więc informacja dotycząca umów zawartych z jednostkami sektora finansów publicznych, gdyż takie informacje objęte są zasadą jawności i dostępne w trybie dostępu do informacji publicznej. W złożonym „Wykazie wykonanych głównych dostaw” wykonawcy takie dostawy wyspecyfikowali. Wskazali także, w tym w wyniku uzupełnienia, dostawy zrealizowane na rzecz podmiotów prywatnych, a ustawa o dostępie do informacji publicznej swym zakresem tego typu umów nie obejmuje. Umowy z takimi podmiotami (podmiotami prywatnymi) nie mają przymiotu jawności i żaden przepis prawa nie obowiązuje stron takiego stosunku do ujawnienia informacji dotyczących realizacji takiej umowy. Częstą praktyką przy zawieraniu tego typu umów jest bowiem zastrzeżenie przez strony tychże umów poufności wszelkich informacji w nich zawartych. Tego typu informacje są bowiem informacjami handlowymi posiadającymi wartość gospodarczą i jako takie mają znaczenie dla prowadzonej działalności, w tym dla pozycji wykonawcy na rynku. Brak jest więc podstaw do ich odtajnienia”.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił (pismo z dnia 10.12.20) wykonawca LUG Light Factory Sp. z o.o. z Zielonej Góry wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący na rozprawie cofnął zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 Pzp wskazany w zakresie zarzutu opartego na naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który powołany został w związku z zamieszczeniem w plikach z obliczeniami fotometrycznymi w stopce dokumentów w języku angielskim adnotacji (zastrzeżenia) bez tłumaczenia na język polski. Także na rozprawie cofnął zarzut naruszenia art. 90 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając pozostały zarzuty z odwołania Izba uznała, że te zarzuty nie podlegają uwzględnieniu.

W zakresie pierwszego zarzutu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że oferta wykonawcy LUG Light Factory sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (wykonawca LUG lub Przystępujący) jest niezgodna z SIWZ, co do wymaganego sposobu obliczenia mocy w pozycjach 1, 6, 8, 9, 10, 11, 11A, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 załącznika nr 8 do OPZ/załącznika nr 10 do SIWZ. W ocenie Odwołującego, kąty montażu opraw przyjęte przez wykonawcę LUG dla wskazanych pozycji stanowią nieuprawnioną modyfikację parametrów dla tych pozycji, co w ocenie Odwołującego, powoduje niezgodność pomiędzy ofertą LUG, a wymaganiami specyfikacji, albowiem zmieniając modelowe wartości wykonawca LUG wyliczył moce i dobrał typ opraw do innych parametrów wyjściowych niż podane przez Zamawiającego.

Zamawiający w załączniku nr 8 do OPZ oznaczonym jako „Tabela obliczeń fotometrycznych” (Tabela obliczeń) wskazał na wymagane kąty montażu. Odpowiadając z kolei na pytania wykonawców (nr 40 i 41) zezwolił na możliwe ich modyfikacje, których zastosowanie przez wykonawcę LUG w Tabeli obliczeń (załącznik nr 10 do SIWZ) jest kwestionowany w odwołaniu.

Odwołujący w przedłożonej do oferty Tabeli obliczeń (zał. nr 10) podał analogiczne wartości jakie określił Zamawiający we wzorze Tabeli według załącznika nr 8 do OPZ. Natomiast Przystępujący LUG, założył zróżnicowane wartości w przedziale od 0 stopni do +15 stopni, które w przypadku oferty tego wykonawcy mają stanowić - z powodu przyjętych odstępstw od wartości ujętych w załączniku nr 8 - niezgodność ze specyfikacją. Również pozostali wykonawcy zastosowali odstępstwa w spornych pozycjach, w tym przypadku w przedziale od 0 do +10 stopni. Oferty tych wykonawców nie są z tego powodu kwestionowane w odwołaniu.

Zdaniem Izby, Zamawiający w odpowiedziach na pytanie nr 40 i 41 do SIWZ wprowadził modyfikacje na podstawie których wykonawcy mogli dokonywać obliczeń fotometrycznych z uwzględnieniem regulacji kąta nachylenia oprawy (z regulacją od -10 st. do +10st), przy czym zachowany musiał być kąt montażu. Kąt montażu - tak jak wyjaśnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na co wskazywał Przystępujący LUG - oznacza kąt nachylenia wysięgnika względem jezdni, tj. kąt na którym ma być zainstalowana oprawa. Wskazane wysięgniki nie podlegają wymianie (w ramach tego zamówienia). Wszystkie nowe oprawy, będące przedmiotem zamówienia mają być montowane na istniejących wysięgnikach, których kąt nachylenia względem jezdni jest różny i nie ma możliwości jego zmiany. Stąd wymagana jest – jak wyjaśnił Zamawiający wskazując na odpowiedź na pytanie 40 – możliwość regulacji kąta nachylenia oprawy względem wysięgnika. Zamawiający dopuścił także (w odpowiedzi na pytanie nr 41) stosowanie regulacji kąta nachylenia oprawy względem wysięgnika w zakresie opisanym w odpowiedzi na pytanie nr 40 w obliczeniach fotometrycznych, a zatem na etapie opracowywania oferty, a nie jak twierdził Odwołujący – na etapie realizacji umowy. Tak jak Zamawiający wskazywał wymagana możliwość regulacji kąta nachylenia oprawy względem wysięgnika w zakresie podanym w odpowiedzi na pytanie nr 40 musi być uwzględniona także w obliczeniach fotometrycznych.

Reasumując należy stwierdzić, że Zamawiający stosownie do treści spornych odpowiedzi zezwolił na zastosowanie opraw pozwalających na montaż zarówno bezpośrednio na słupie, w zakresie regulacji od minimum 0st do +10st jak i montaż z użyciem wysięgnika, w zakresie regulacji minimum od -10st do +10st (odpowiedź nr 40). Także zezwolił na zastosowanie w obliczeniach fotometrycznych regulacji kąta nachylenia oprawy (odpowiedź na pytanie nr 41). Odwołujący nie wykazał, że zmiany wymagań odnoszą się wyłącznie do finalnych obliczeń fotometrycznych, które będą musiały być wykonane na etapie realizacji umowy i nie mogły być uwzględnione do celów wykonania obliczeń fotometrycznych, związanych z ustaleniem i doбором oferowanych przez wykonawcę opraw i ich mocy, spełniających wymagania określone w załączniku nr 8 do SIWZ/nr 10 do OPZ. Z literalnej treści odpowiedzi na pytanie nr 41 (w której mowa jest o dopuszczalności zastosowania w obliczeniach fotometrycznych przez wykonawcę regulacji kąta nachylenia oprawy) nie wynika sugerowane przez Odwołującego ograniczenie regulacji kąta nachylenia oprawy wyłącznie do etapu realizacji zamówienia. Powyższe dotyczy również pozycji nr 6 i 22, co do których Odwołujący zarzuca, że przekroczony został dopuszczalny zakres regulacji wynikający z SIWZ, przez przyjęcie kątów nachylenia oprawy 15st. Odwołujący, kwestionując argumentację, że wymóg zastosowania kąta montażu 5st (wynikający z Załącznika nr 10 do SIWZ/8 do OPZ) oraz zmiana SIWZ, poprzez dopuszczenie zastosowania uchwytu oprawy z zakresem regulacji minimum od -10st do +10st (odpowiedź na pytanie nr 40) wraz z dopuszczeniem przyjęcia do obliczeń fotometrycznych regulacji kąta nachylenia oprawy (odpowiedź na pytanie nr 41) powoduje, że dopuszczalny kąt nachylenia oprawy wynosi 15st. (jako suma kąta montażu (5st.) oraz kąta regulacji nachylenia na wysięgniku (minimum od -10st. do +10st.), oparł się na

własnej interpretacji istoty zmiany wprowadzonej tymi odpowiedziami. Zdaniem Izby brak jest podstaw do kwestionowania stanowiska Zamawiającego, że odpowiedzi na pytanie 40 i pytanie 41 są ze sobą powiązane. Tak jak podał Zamawiający (...) w odpowiedzi na pytanie nr 41 Zamawiający precyzuje, że dopuszcza stosowanie regulacji kąta nachylenia oprawy względem wysięgnika w zakresie opisanym w odpowiedzi na pytanie nr 40 w obliczeniach fotometrycznych". Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 41 (...) miał na myśli obliczenia fotometryczne na potrzeby sporządzenia oferty w zakresie kryterium nr 3 oceny ofert". Tym samym (...) skoro wymagana jest możliwość regulacji kąta nachylenia oprawy względem wysięgnika w zakresie podanym w odpowiedzi na pytanie nr 40, obliczenia fotometryczne w trakcie realizacji umowy muszą uwzględniać możliwość tej regulacji".

Izba ponownie zwraca uwagę, że w zakresie rozstrzyganym tylko Odwołujący – w przeciwieństwie do pozostałych wykonawców - zastosował w Tabeli dla kąta montażu w każdej pozycji takie wartości jak w formularzu przekazanym przez Zamawiającego wykonawcom, które zapewne odpowiadały typowi oferowanych przez niego opraw, a obecnie wobec oferty (jednej oferty) domaga się oceny z uwzględnieniem zawężającej interpretacji udzielonych odpowiedzi, która to interpretacja nie znajduje odzwierciedlenia w treści tych odpowiedzi. Niewątpliwie interpretacja wymagań Zamawiającego, także z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania wykonawców, nie może prowadzić do ich zaostżenia na niekorzyść wykonawców, wyprowadzając z tych odpowiedzi wnioski, które z nich nie wypływają i mogą pozostawać w sprzeczności z interpretacją spornych zapisów. Należy zwrócić uwagę, na co wskazywał Zamawiający, że w załączniku nr 8 do OPZ określony został kąt montażu, czyli kąt nachylenia wysięgnika względem jezdni, a w odpowiedzi na pytanie nr 40 z dnia 7 sierpnia 2020 r. sprecyzowano, że oprawa musi mieć możliwość regulacji kąta montażu na wysięgniku w zakresie minimalnym od -10 do +10 stopni (oprawy uliczne). Także wymaga zauważenia, że w pytaniu nr 40 w odpowiedzi podano, że oprawa powinna mieć możliwość pochylecia w minimalnym zakresie od 0 do +10 st. - montaż bezpośredni na słupie, od -10 do +10 st. - montaż na wysięgniku. Oznacza to, że zakres podany przez Zamawiającego w tej odpowiedzi tworzy zakres otwarty.

W konsekwencji nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że przyjęte przez Przystępującego LUG w Tabeli wartości dla kąta montażu są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, co powoduje odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzut braku złożenia wraz z ofertą wymaganego dokumentu w postaci plików wsadowych w formacie *.pdf., co w konsekwencji powodowało, że treść oferty wykonawcy LUG nie odpowiada treści SIWZ, Izba stwierdziła, że ten zarzut także nie podlega uwzględnieniu.

W zakresie tego zarzutu Odwołujący wskazał, że należało złożyć: a) pliki wsadowe do obliczeń fotometrycznych - w formacie *.idt. i *.pdf oraz b) obliczenia fotometryczne - w formacie *.evo. i *.pdf. Wskazał ponadto, że Przystępujący nie złożył wraz z ofertą wymaganych plików wsadowych dla każdej z optyk w formacie *.pdf., na podstawie których Zamawiający mógł zbadać czy prawidłowo obliczono i podano w załączniku nr 8/10 moc oferowanej oprawy w opisanych sytuacjach oświetleniowych. Jednocześnie podał, że każdy wykonawca zobowiązany był dokonać doboru oferowanych opraw, a tym samym określić wartość mocy i jednocześnie potwierdzić spełnienie normy PN-EN 13201 „Oświetlenie dróg” przez wykonanie stosownych obliczeń i obliczenia te m.in. w formacie *.pdf., należało załączyć do oferty. Zwrócił też uwagę, że dwie konkurencyjne oferty zostały odrzucone z powodu nie przedłożenia plików w takim formacie.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że nie jest zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie Odwołującego, że odrzucenie dwóch konkurencyjnych ofert z postępowania – za wyjątkiem oferty wykonawcy LUG - nastąpiło z powodu nie przedłożenia plików w takim formacie. Tak jak podał Zamawiający w piśmie z dnia 6.11.2020 r. oferta Konsorcjum Firm: Pollight Sp. z o.o. oraz E.C. Leditech Ltd. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z tego powodu, że ten Wykonawca: 1) nie przedstawił do oferty wymaganych plików wsadowych dla każdej z optyk w formacie *.idt - Wykonawca złożył pliki w formacie *.ies.; 2) dokonał nieuprawnionej zmiany Załącznika nr 8 do OPZ (nr 10 do SIWZ) w poz. 18 i 19 - Wykonawca użył rozmiaru oprawy B zamiast A. Z kolei oferta wykonawcy Electra Polska sp. z o.o. została odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, gdyż również treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji z tego powodu, że ten Wykonawca: 1) nie przedstawił do oferty wymaganych plików wsadowych dla każdej z optyk w formacie *.idt - Wykonawca nie złożył plików wsadowych; 2) nie dołączył do oferty obliczeń w formacie *.pdf dla poz. 5 i 9 załącznika nr 8 do OPZ/nr 10 do SIWZ; 3) przyjął niewłaściwe dane w obliczeniach w poz. 14 i 22 załącznika nr 8 do OPZ (nr 10 SIWZ); 4) użył innej mocy opraw w obliczeniach w stosunku do wartości wpisanych w poz. 19, 20 i 21 zał. nr 8 do OPZ/10 SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu braku plików wsadowych w formacie *.pdf w ofercie wykonawcy LUG i nie zgadzając się z tym zarzutem Izba wskazuje, że w odpowiedzi na pytanie 2 (w piśmie z dnia 16.09.2020 r.) Zamawiający (na co także zwrócił uwagę wykonawca w odwołaniu) podał, że: „wymagane jest załączenie do oferty plików wsadowych dla każdej z optyk (w formacie *.idt. i *.pdf) oraz obliczeń fotometrycznych (w formacie *.dlx. i *.pdf) dla każdego z modeli obliczeniowych wskazanego w Załączniku nr 8 do OPZ. W istocie z tego opisu nie wynika, aby Zamawiający wymagał określonego sposobu prezentacji plików wsadowych. Także – aby w tym zakresie wymagał wprost złożenia jako *.pdf osobnego dokumentu do każdego z typu plików. Tak jak podawał Zamawiający plik w formacie *.idt to edytowalny plik, który można otworzyć w programie Dialux i mieć dostęp do danych wsadowych pozwalający na ocenę ich prawidłowości oraz zgodności z wymaganiami specyfikacji. A brak z kolei pliku w formacie *.idt przesądzał o braku możliwości oceny oferty takiego wykonawcy. Tak jak podał Zamawiający plik w formacie *.pdf został przez Przystępującego złożony. Dane wsadowe dla każdej z optyk w formacie *.pdf są zawarte w obliczeniach fotometrycznych i zostały podpisane przez wykonawcę LUG zgodnie z zasadami reprezentacji spółki. Tym samym Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania prawidłowości ich złożenia.

Odnosząc zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp: art. 89 ust.1 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 60 k.c. oraz pkt 8 w zw. z art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 60 k.c. a także art. 87 ust.2 pkt 3 - związanych z adnotacją w języku angielskim (notką) zamieszczoną na druku Obliczeń fotometrycznych – w jego stopce – bez jego tłumaczenia – Izba nie znalazła podstaw aby uznać, że z tego powodu ofercie wykonawcy LUG można przypisać bezwarunkowy charakter lub, że z tego powodu część oferty (w pliku obejmującym obliczenia fotometryczne) ma charakter niewiążący.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego, że sporna adnotacja w języku angielskim wytworzona na wydruku systemowym, została wygenerowana przez program, który posiada ustawienia systemowe w programie obliczeniowym. Z uwagi na brak tłumaczenia mogła zostać pominięta. Ta okoliczność mogła być także wyjaśniona, co zastosował Zamawiający. Izba zwraca uwagę, że wyjaśnienie powyższej kwestii nastąpiło na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp, co nie jest kwestionowane w odwołaniu. Wykonawca wskazuje bowiem na brak zastosowania

art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp podnosząc zarzut zaniechania poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W tym przypadku należało uwzględnić wyjaśnienia wykonawcy LUG, który podał, że powodem stosowania takiej uwagi w pliku zawierającym obliczenia jest fakt, iż odtworzenie w pomiarach dokładnej sytuacji obliczeniowej w praktyce jest niemożliwe - obliczenia dokonywane przez wykonawców, na podstawie danych przedstawionych przez Zamawiającego odnoszą się do teoretycznych sytuacji oświetleniowych. Potwierdzeniem takiego stanowiska (jak wskazywał Zamawiający) są postanowienia i wymagania określone w SIWZ. Zgodnie z pkt. 16.2.3 SIWZ, określając nominalną całkowitą moc oświetleniową (a temu służą przeprowadzone obliczenia) Zamawiający zaznaczył w uwadze, że: „Należy sporządzić obliczenia fotometryczne dla teoretycznych sytuacji oświetleniowych oraz wypełnić tabelę załącznik nr 10 do SIWZ, wpisując wartości oferowanych mocy opraw i zastosowanej optyki dla poszczególnych sytuacji. Z samej nazwy kryterium oceny ofert wynika również, że nominalna całkowita moc opraw oświetleniowych dotyczy określonych przez Zamawiającego modeli obliczeniowych (nominalna całkowita moc opraw oświetleniowych dla określonych przez Zamawiającego modeli obliczeniowych — Wz). Zastosowanie modeli obliczeniowych, według modelowych parametrów ustalonych przez Zamawiającego ma z kolei na celu zapewnienie porównywalności ofert”. Zamawiający zatem nie miał podstaw, aby kwestionować zapewnienie wykonawcy o braku wiążącego charakteru tej adnotacji dla złożonego dokumentu. Nie podlega tym samym uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, który w niniejszej sprawie nie mógł mieć zastosowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3, art. 7 ust. 1 Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał, że wykonawca LUG nieskutecznie zastrzegł informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa z uwagi na: a) ich zastrzeżenie po upływie terminu na składanie oferty; b) nie wykazanie łącznego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk.

Niewątpliwie przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa czas, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych

w ofercie, wskazując, że powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert.

Jednakże w odniesieniu do dokumentów przedstawianych – skutkiem przykładowo wezwania zamawiającego - na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego *ratio legis* przepisu nakazuje przyjąć, że zasadność zastrzeżenia informacji przedkładanych w odpowiedzi na wezwanie musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Izba zwraca uwagę również na postanowienia pkt 8.7 specyfikacji w myśl którego: „Zasady określone w pkt 8.4 zdanie pierwsze mają zastosowanie do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zawartych w szczególności w oświadczeniach, wyjaśnieniach i dokumentach składanych przez Wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym wskazanie tych informacji oraz wykazanie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa powinno nastąpić przed upływem terminu do złożenia przez Wykonawcę wyjaśnień lub uzupełnień.” Wskazywany punkt 8.4. odnosi się oczywiście do procedury zastrzegania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa składanych wraz z ofertą [„8.4. Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, powinien wskazać w sposób niebudzący wątpliwości, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz powinien zastrzec, że nie mogą być udostępniane. Wykonawca powinien również wykazać, nie później niż w terminie składania ofert, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 11 ust. 2 ustawy (...) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Wykonawca powinien więc wykazać, iż zastrzeżone 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, oraz że Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.” Tym samym należało zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego LUG, że zasada wyrażona w art. 8 ust.3 ustawy Pzp, stanowiąca o konieczności dokonania zastrzeżenia informacji oraz wykazania, że stanowią one informacje wrażliwe, odnosi się nie tylko do możliwości zastrzeżenia danych zawartych w samej ofercie, ale również do możliwości objęcia zastrzeżeniem informacji i danych w chwili ich przekazywania zamawiającemu na dalszych etapach postępowania.

Niewątpliwie aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z tym przepisem, 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.

W niniejszej sprawie Odwołujący nie kwestionuje, że zastrzeżone przez przystępującego LUG informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co jest warunkiem *sine qua non* skuteczności ich zastrzeżenia. Izba zauważa, że podobne informacje zostały zastrzeżone przez wykonawcę Signify na wypadek, gdyby to do wykonawcy zostało skierowane wezwanie na podstawie art. 26 ust.1 ustawy Pzp. Wykonawca kwestionuje trzecią z przesłanek, podnosząc, że: (...) Uzasadnienie Wykonawcy dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych przez niego dokumentów przede wszystkim nie wykazuje w sposób wystarczający spełnienia trzeciej przesłanki z powyższych, tj., że wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Uzasadnienie Wykonawcy dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych dokumentów jest bardzo ogólnikowe - poza okolicznością, że pracownicy przedsiębiorstwa Wykonawcy są zobowiązani do zachowywania informacji w poufności (na dowód czego przedłożono standardowy wzór takiego zobowiązania) - znajdują się w nim jedynie ogólne stwierdzenia o organizowanych szkoleniach, wewnętrznych zasadach organizacyjnych i zabezpieczeniach technicznych.”

Przepis art. 11 ust.2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (podobnie art. 8 ust. ustawy Pzp) nie określa standardu działania wykonawcy w celu utrzymania w poufności wrażliwych danych. Także taki standard (jednolity wzorec) lub sposób „wykazywania” zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie określają inne przepisy krajowe (czy przepisy dyrektyw). Niewątpliwie zatem – jak wskazał Zamawiający - rodzaj i zakres wymaganych zabezpieczeń zależeć będzie w szczególności od rodzaju informacji, sposobu utrwalenia informacji, struktury oraz wielkości przedsiębiorstwa, a także pozycji rynkowej danego wykonawcy. Także ocena, czy wykonawca podjął odpowiednie działania mające na celu utrzymanie określonych informacji w poufności powinna być dokonywana przez pryzmat wymaganej od niego należytej staranności, a z kolei poziom tej staranności powinien być oceniany z uwzględnieniem przede wszystkim sytuacji określonego wykonawcy, w szczególności formy i skali prowadzonej przez niego działalności, specyfiki rynku i charakteru zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji. W konsekwencji w niektórych przypadkach wystarczające będzie złożenie na tę okoliczność stosownych wyjaśnień, w innych konieczne

będzie poparcie wyjaśnień odpowiednimi dowodami. W tym przypadku wykonawca LUG wskazał na podjęte działania w piśmie oznaczonym jako „Tajemnica przedsiębiorstwa” m.in. na jego str 4: „W praktyce Wykonawcy chronienie informacji o kontrahentach, które to informacje stanowią jedną z największych wartości przedsiębiorstwa, odbywa się w sposób zorganizowany i ciągły, w szczególności poprzez zobowiązanie pracowników do zachowania poufności, organizowanie szkoleń i wprowadzenie zasad organizacyjnych, które pozwalają chronić niewrażliwe dane, w tym dane o klientach Wykonawcy. Wprowadzenie szczególnych zasad organizacyjnych w połączeniu z zabezpieczeniami technicznymi pozwala Wykonawcy skutecznie chronić informacje poufne. Z uwagi na materię Wykonawca nie może opisać szczegółowych zasad ochrony tych informacji, natomiast poza cyklicznymi szkoleniami, jest to w szczególności ograniczenie dostępu do informacji do wąskiego grona osób, które z tych informacji korzystają, co wprost wskazuje, iż Wykonawca podjął działania zmierzające w celu utrzymania poufności tych informacji i ograniczenia dostępu do nich dla wybranych osób. Środki podjęte przez Wykonawcę są skuteczne, bowiem informacje te nie są dostępne dla szerokiego grona odbiorców. Na dowód zobowiązania pracowników do zachowania w poufności informacji uzyskanych w związku z zatrudnieniem do niniejszego pisma załączam standardowe oświadczenie o zachowaniu poufności podpisywane przez pracowników, przy czym oświadczenie to zostało zanonimizowane w celu ochrony danych osobowych pracownika. Podobne zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązują w przedsiębiorstwach klientów Wykonawcy. Należy również podkreślić, że dla wszystkich tych podmiotów, tj. zarówno dla Wykonawcy, jak i jego klientów, dane dotyczące dostaw, nazw (firm) kontrahentów, cen oraz terminów są informacjami poufnymi stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa jako elementy, które mogą mieć przełożenie wprost na sytuację rynkową tych podmiotów”. Z treści tej części uzasadnienia wynika, że Przystępujący wskazał, jakie środki podejmuje w celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a tytułem przykładu jako dowód przedłożył formularz standardowego oświadczenia o zachowaniu poufności. Odwołujący niewątpliwie nie może wymagać, aby analogiczne zasady i czynności, które stosuje wykonawca, stosowały inne firmy w tym firma LUG. Odwołujący sam podkreślił różnicę między firmą (jaką jest Odwołujący), prowadzącą działalność globalnie, ze znacznie większą skalą produkcji od firmy na mniejszą skalę jaką jest firma LUG i tym samym sposób i jakość zabezpieczeń oraz podejmowanych czynności ochronnych w celu zachowania informacji w poufności w takich firmach będą zróżnicowane. Izba zwraca także uwagę, że Odwołujący nie wykazał (wbrew jego twierdzeniom na rozprawie łatwego dostępu do danych, przykładowo zawartych w Wykazie usług), że informacje zastrzeżone przez Przystępującego LUG nie korzystają ze skutecznej ochrony przed dostępem osób nieuprawnionych, takich jak wykonawca. Uwzględniając powyższe okoliczności należało uznać, że Zamawiający nie miał w tym przypadku podstaw kwestionowania zasadności zastrzeżenia przez przystępującego LUG wskazanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W świetle powyższych ustaleń Izba nie znalazła uzasadnienia do uwzględnienia wskazanych w odwołaniu zarzutów skutkujących nakazaniem Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze oraz nakazaniem powtórzenia czynności oceny ofert w Postępowaniu z ewentualnym nakazaniem dokonania poprawiania oferty wykonawcy LUG i odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa czy też żądanego odrzucenia oferty wykonawcy LUG.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....
.....
.....