**Sygn. akt KIO 2576/20**

**WYROK**
**z dnia 2 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:Anna Packo**

**Protokolant:Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
**ELF Polaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie oraz**
**D-well Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego
**Hala Gdańsk Sopot Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku**
przy udziale wykonawców:
A. **Gdańskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
B. **GEO-KAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1.oddala odwołanie,**
**2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELF Polaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz D-well Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i:**
**2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELF Polaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz D-well Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,**
**2.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELF Polaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz D-well Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Hali Gdańsk Sopot Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie
7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:……..…**

**Sygn. akt: KIO 2576/20**

**U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Hala Gdańsk Sopot Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i montaż ledowych opraw oświetlenia sportowego w Hali Ergo Arena" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 140-344257. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
I Stanowisko Odwołującego
Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ELF Polaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz D-well Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Geo-Kat Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (Przystępującego), pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybranie oferty Przystępującego, pomimo iż złożona przez tego wykonawcę oferta nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji, jako że doszło do wyboru oferty niezgodnej co najmniej w części z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędne zastosowanie
i nieudostępnienie Odwołującemu informacji o ostatecznych obliczeniach dokonanych przez Przystępującego, stanowiących element oferty, których zażądał Odwołujący.
Odwołujący wniósł o:
1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie powtórzenia czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, w ramach której Zamawiający będzie zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego,
3. nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu dokumentów, które Przystępujący zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa, ze względu na brak skuteczności tego zastrzeżenia,
4. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści odwołania na okoliczności tam wskazane,
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że po otrzymaniu wiadomości o wyborze oferty Przystępującego, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie tej oferty. W odpowiedzi Zamawiający przekazał Odwołującemu dokumentację, za wyjątkiem plików: 20200810_calc_ergo_V10.rdf (plik źródłowy w programie Relux) oraz

plików „fotometria” (pliki LDT), powołując się na fakt, iż Przystępujący rzekomo zastrzegł te pliki jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Potwierdza to korespondencja e-mail za okres od 30 września do 1 października 2020 r. wymieniana pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym.
Z udostępnionej Odwołującemu dokumentacji wynika, iż Przystępujący na etapie uzupełniania dokumentacji na wezwanie Zamawiającego, 21 września 2020 r. wskazał, że zastrzeżone pliki są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane osobom trzecim ze względu na to, że w plikach tych przyjęto rozwiązania techniczne, pozycje montażowe opraw, kąty rozsyłu, kąty nachylenia modułów LED dla hali Ergo Arena, co stanowi wartość intelektualną i*know-how* Przystępującego. Przystępujący powołał się również na fakt, iż pliki LDT stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa DISANO Illuminazione, które zostały udostępnione Przystępującemu na podstawie umowy handlowej wyłącznie na potrzeby przetargu organizowanego przez Zamawiającego. Ich ujawnienie osobom trzecim może pogarszać pozycję Przystępującego w przyszłych przetargach, zwłaszcza po analizie szczegółowych rozwiązań w programie Relux i plików fotometrycznych.
Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Przez tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.
Zatem z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż podstawą faktyczną uznania danych informacji za podlegające ochronie jest ich charakter, okoliczność, że nie są one powszechnie znane albo łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji oraz zostały podjęte przez wykonawcę czynności zmierzające do ich ochrony
i zachowania poufnego charakteru. Aby wykonawca mógł określone informacje skutecznie zastrzec, wszystkie przesłanki określone w przepisie musza być spełnione łącznie. Decyzja
o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać ze swobodnego uznania wykonawcy co do takiej możliwości, lecz musi opierać się na obiektywnie uzasadnionym przekonaniu, że określone informacje mają odpowiedni charakter i jako całość lub
w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane albo łatwo dostępne osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji z uwzględnieniem zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu (wyrok SN z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00). Uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami wykonawcy, lecz konieczne jest spełnienie czynników
o charakterze obiektywnym (wyrok KIO 2370/12). Zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie lub wniosku, bez podjęcia innych, niezbędnych działań
w celu zachowania określonych informacji w poufności, narusza zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie jest niedopuszczalne.
W doktrynie wskazuje się, że przepisy art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych mają zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. Zasada jawności ma na celu zapewnienie każdemu zainteresowanemu dostępu do informacji i dokumentów dotyczących prowadzonego postępowania. Jest ona jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowania i tylko przepisy ustawy mogą tę jawność ograniczyć bądź wyłączyć. Zakres tej regulacji wynika
z konstytucyjnej zasady jawności działań podmiotów publicznych. Art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz określa termin na zastrzeżenie informacji oraz na wykazanie, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zobligowany jest co do zasady dokonać obu tych czynności jednocześnie, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału
w postępowaniu.
Przystępujący nie zastrzegł plików w odpowiednim terminie, tj. na etapie składania oferty oraz nie wykazał, iż zostały spełnione przesłanki do uznania zastrzeżonych plików za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie miał zatem podstaw, by odmówić Odwołującemu dostępu do plików. Oznacza to, że Przystępujący nie spełnił ustawowych przesłanek do skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący wskazał jedynie, że zawierają one pozycje montażowe, kąty rozsyłu, kąty nachylenia modułów LED. Wskazanie przez wykonawców pozycji montażowych, kątów rozsyłu, kątów nachylenia modułów LED stanowi wymóg specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Celem ich przedłożenia jest w tym przypadku wykazanie, czy złożone obliczenia zawierają odpowiednie natężenie światła wymagane przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego nie są to rozwiązania autorskie i unikalne, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.
Pozycja montażowa jest tym samym co kąt nachylenia modułu, regulowana ustawieniem pozycji samej oprawy, co wpływa na jakość i moc natężenia oświetlenia. Kąt rozsyłu zależy od wyżej wskazanych i od rodzaju zastosowanej w oprawie soczewki, która ma albo wąski, albo szeroki rozsył. Sposoby montażu są ogólnie dostępne na rynku, nie ma unikalnych autorskich rozwiązań w tym zakresie. Oznacza to, że informacje takie są powszechnie znane osobom zajmującym się tego rodzaju informacjami, a zatem ciężko w tej sytuacji mówić
o tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie wykazał również, że podjęte zostały przez niego czynności zmierzające do ochrony tych informacji i zachowania poufnego charakteru. Powołał się w informacji na rozwiązania techniczne jak pozycje montażowe, kąty rozsyłu, kąty nachylenia modułów led, tymczasem wszystkie te informacje są jawne i dostępne w złożonych przez Przystępującego kartach katalogowych. Niezrozumiałe jest zatem zastrzeżenie wyłącznie plików dotyczących szczegółowych obliczeń, a nie wszystkich kart katalogowych, które zawierają informacje, o których wspomina Przystępujący powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa.
Z dokumentacji udostępnionej Odwołującemu wynika, że oferta złożona przez Przystępującego jest niezgodna z

wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia z następujących powodów:
1. Przystępujący nie dostarczył certyfikatu ENEC na oprawę 3196 wskazaną w złożonej karcie katalogowej,
2. Przystępujący nie dostarczył certyfikatu ENEC na zasilacz wskazany w karcie katalogowej. Przedłożony certyfikat ENEC wystawiony jest na zasilacz o nazwie modelu 555 AD, 555 BD natomiast nigdzie w karcie katalogowej złożonej przez Przystępującego
o nazwie „Type 3 – Driver IP66 DMX/RDM" nie występuje nazwa modelu wskazana
w ENEC. Z tego powodu przedłożony do oferty certyfikat ENEC na zasilacz nie dotyczy zasilacza zaoferowanego zgodnie ze złożoną kartą katalogową. Nie ma też w certyfikacie ENEC informacji o sterowaniu zasilacza DMX/RDM, który oferuje Przystępujący,
3. dokument zgodności CE przedłożony przez Przystępującego odnośnie oferowanego zasilacza dotyczy oprawy oświetleniowej, a nie zasilacza, na co wskazuje nazwa tego certyfikatu,
4. brak karty katalogowej na oświetlenie techniczne oraz brak certyfikatu CNBOP dla tych opraw wymagane zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części „Opis przedmiotu zamówienia" pkt 2.2. b),
5. brak informacji technicznych kart katalogowych elementów systemu sterowania oświetleniem zgodnie z wymaganiami punktu 4.7.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
6. niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie spełnienia norm opisu przedmiotu zamówienia pkt 2.3 e) polegająca na tym, że w złożonych przez Przystępującego certyfikatach ENEC oraz deklaracjach zgodności CE na zaoferowane oprawy brak jest norm spełniających warunki wskazane przez Zamawiającego,
7. brak dostarczenia kart katalogowych opraw oświetlenia eventowego RGBW zgodnie
z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt 3.2 w części „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia",
8. brak dostarczenia karty katalogowej konsoli sterowania oświetleniem zgodnie
z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt 3.3 pkt c w części „Opis przedmiotu zamówienia". Przystępujący złożył jedynie kartę katalogową na komputer
z ekranem dotykowym Dell Optiplex 7470, nie przedkładając wymaganej konsoli sterowania oświetleniem. Przystępujący przedstawił rozwiązanie zamienne w oparciu o komputer
z ekranem dotykowym, a nie rozwiązanie równoważne, brak kart katalogowych dla „monitora odsłuchowego",
9. w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opis przedmiotu zamówienia pkt 3.1 pod tabelą Zamawiający wskazał, że oprawy montowane na opuszczanym koszu głównym muszą posiadać certyfikat na uderzenie piłką bądź zostać odpowiednio zabezpieczone. Przystępujący nie przedłożył wymaganego certyfikatu, w kartach katalogowych również nie znajduje się informacja o możliwości zabezpieczenia oprawy przed uderzeniem.
Wobec powyższego Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dokonując wyboru oferty sprzecznej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Oferta złożona przez Przystępującego z wyżej wskazanych przyczyn jest sprzeczna ze specyfikacją, zatem powinna zostać odrzucona.
Prawidłowe prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno uwzględniać wszelkie zasady określone w ustawie Prawo zamówień publicznych, w tym zasadę równego traktowania uczestników i zasadę jawności. Realizacja tych zasad powinna była polegać w niniejszej sprawie przede wszystkim na udostępnieniu Odwołującemu wszelkich dokumentów składających się na ofertę Przystępującego oraz dokładnym zbadaniu przez Zamawiającego oferty Przystępującego, a w konsekwencji jej odrzuceniu, czego Zamawiający zaniechał.
II Stanowisko Zamawiającego
W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów: wezwania Zamawiającego z 22 października 2020 r. i odpowiedzi Przystępującego z 27 października 2020 r. na okoliczność uzupełnienia dokumentów związanych z elementami sterowania oświetleniem, szczegółowego wyjaśnienia i udowodnienia powodów, dla których Przystępujący zastrzegł dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, brak podstaw prawnych i faktycznych do odrzucenia oferty Przystępującego, jak również brak podstaw do wzywania Przystępującego do złożenia dodatkowych dokumentów, czy też wyjaśnień, bowiem Przystępujący potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu.
Zamawiający wskazał, że zarzut odrzucenia oferty Przystępującego jest przedwczesny,
a Izba jest związana zarzutami, które nie mogą być zmieniane/precyzowane w toku postępowania odwoławczego. Odwołujący wskazał tylko na następujące podstawy prawne: art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Taki zarzut nie może być skutecznie podniesiony. Odwołujący w sposób nieuprawniony wskazał, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymieniając dokumenty, które rzekomo nie zostały dostarczone i które rzekomo były wymagane zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niemniej Przystępujący nigdy nie został wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia dokumentów wymienionych przez Odwołującego. Z tych też powodów Odwołujący mógł co najwyżej żądać w tym zakresie powtórzenia czynności badania ofert i wezwania do złożenia dodatkowych dokumentów. Dokumenty, o których pisze Odwołujący, dotyczą wykazania spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (punkt 4.7 specyfikacji). W tym zakresie Zamawiający nie ma prawa odrzucić oferty bez wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów.
Przystępujący pismem z 11 września 2020 r. był wzywany do przedłożenia dokumentów, ale wezwanie to oparte było o art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie, w przypadku ewentualnych braków w zakresie dokumentów, o których mówi punkt 4.7. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obowiązkiem Zamawiającego byłoby wezwanie do ich uzupełnienia.
25 września 2020 r., na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Przystępujący wezwany był do „udzielenia wyjaśnień w zakresie przedłożonych dokumentów dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia. 1) Stwierdzono niezgodność producentów dotyczących zasilacza DMX do opraw sportowych LED, na deklaracji zgodności CE i Certyfikacie ENEC. W Deklaracji CE wpisany jest producent: DISANO ILLUMINAZIONE S.p.A, a w Certyfika ENEC podany jest producent: firma EFORE. Typ zasilacza podawanego przez DISANO (1560WCC) oraz w certyfikaci ENEC firmy EFORE (555AD, 555BD)". Przystępujący odpowiedział na powyższe wezwanie 28 września 2020 r. W związku z powyższym obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku ewentualnych wątpliwości co do kompletności złożonych dokumentów, byłoby wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do ich złożenia. Tym samym zarzut podniesiony przez Odwołującego związany z odrzuceniem oferty Przystępującego jest przedwczesny i powinien być oddalony. W treści odwołania jest wyraźnie wskazane, iż zarzut i żądanie Odwołującego dotyczy odrzucenia oferty, również wskazana przez Odwołującego podstawa prawna odnosi się do odrzucenia oferty

wykonawcy. Takie żądanie winno być w całości oddalone, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.
W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty Przystępującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał:
1. Co do niedostarczenia certyfikatu ENEC na oprawę 3196.
Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego. Wszystkie dokumenty, których żądał Zamawiający na podstawie punktu 4.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczące opraw, zostały przedłożone w sposób prawidłowy. Z przedłożonych dokumentów w sposób jednoznaczny wynika, iż oprawa 3196 spełnia warunki stawianie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W certyfikacie ENEC przedłożonym przez Przystępującego nie ma wymienionej oprawy 3196, ale jest oprawa 3195. Oprawa 3195 różni się od oprawy 3196 tylko optyką (węższy kąt). Jest to dokładnie taka sama oprawa pod kątem elektrycznym. Węższa soczewka w przypadku oprawy 3196 powoduje, że dodatkowo wymagane jest badanie na IEC/TR 62778:2014 (bezpieczeństwo fotobiologiczne). Badanie to zostało zrobione wg dokumentu Speed Letter FORUM 3_Table PL-sig- sig.pdf. Speed Letter w sposób jednoznaczny potwierdza, iż oprawa 3196 spełnia normy, które to normy zostały wymienione w treści dokumentu Speed Letter. Jest to dokumenty wystarczający.
Zgodnie z punktem 3.1 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał (punkt 13. tabeli), aby oprawa posiadała certyfikat ENEC bądź spełniała wszystkie wymogi norm zharmonizowanych oraz posiadała deklarację zgodności producenta CE.
W zakresie oprawy 3196 Przystępujący wykazał za pomocą załączonych dokumentów, iż oprawa spełnia wszystkie wymogi norm zharmonizowanych. Wprost potwierdza to dokument Speed Letter.
2. Co do certyfikatu ENEC na zasilacz wskazany w karcie katalogowej.
Zamawiający pismem z 25 września 2020 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi Przystępujący wskazał, iż posiadaczem licencji ENEC jest firma EFORE S.p.A. z siedzibą we Włoszech, która produkuje zasilacze na zlecenie Disano Illuminazione. Zgodnie z zapisem w deklaracji ENEC prawem do posługiwania się znakiem towarowym ENEC ma Disano Illuminazione. Licencja ENEC dotyczy całej rodziny zasilaczy, w tym przypadku modeli oznaczonych przez firmę EFORE jako modele 555AD i 555BD. Licencja ENEC została wydana dla zasilaczy stałoprądowych, o parametrach pracy: 3 x 521 W max, 700-1400 mA, 260-450 V DC, IP66 (wskazane w certyfikacie). Z kolei oznaczenie CE,
w świetle obowiązującego prawa, może być nadane wyłącznie przez producenta wyrobu lub jego upoważnionego przedstawiciela wprowadzającego produkt do obrotu (tj. Disano). Producentem jest Disano Illuminazione S.p.A., które wydaje deklarację dla zasilacza
o parametrach: stałoprądowy, 1560 W, 400V, 1200 mA, (tj. zasilacze z rodziny certyfikowanej ENEC).
Dla uniknięcia wątpliwości Przystępujący przedłożył zdjęcie etykiety zasilacza, który dostarczany będzie w związku z realizacją zamówienia. Zasilacz oznaczony jest zarówno symbolem „ENEC" jak i „CE", wpisany jest także kod referencyjny z deklaracji zgodności Disano („997673...") oraz parametry zasilacza zgodne z certyfikatem ENEC, w tym model 555BD. W ocenie Zamawiającego powyższe wyjaśnienia są wystarczające i wyczerpujące temat. Zamawiający nie ma żadnych wątpliwości, iż zasilacze zaoferowane przez Przystępującego spełniają warunki udziału w postępowaniu.
Co do informacji, iż dokument zgodności CE dotyczy oprawy a nie zasilacza, Zamawiający wyjaśnił, że w nazwie dokumentu faktycznie znajduje się zapis: „oświadcza, na własną odpowiedzialność, że produkt: oprawa oświetleniowa: TYP: Zasilacz 1560WCC Kod referencyjny: 1) 9976730001041 Zasilacz 1560WCC LED 3CH DMX/RDM 400 V 12 mA", jednakże z uwagi na dalszą treść dokumentu, tj. wskazanie typu i modelu (kodu) urządzenia, dla którego został wystawiony, Zamawiający uznał to za oczywistą omyłkę pisarską wystawcy dokumentu. Zapis nie budzi wątpliwości i intencje wystawcy dokumentu wydają się oczywiste. W sposób wyraźny wskazane jest, iż chodzi o zasilacz.
Oznaczenie CE może być nadane wyłącznie przez producenta wyrobu lub jego upoważnionego przedstawiciela wprowadzającego produkt do obrotu (tj. Disano). Producentem jest Disano Illuminazione S.p.A., które wydaje deklarację dla zasilacza
o parametrach: stałoprądowy, 1560 W, 400 V, 1200 mA, (tj. zasilacze z rodziny certyfikowanej ENEC). Wykonawca złożył taki dokument („DISANO, nr 997673000-1041-8") z 30 października 2019 r. Zamawiający nie miał wątpliwości, iż zasilacz spełnia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
3. Co do braku karty katalogowej na oświetlenie techniczne i braku CNBOP dla tych opraw Zamawiający wskazał, że nie żądał tego typu dokumentów. Zamawiający może żądać tylko tych dokumentów, które wyraźnie wymienił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
w tym wypadku w punkcie 4.7. Kart katalogowych dotyczy punkt 4.7.3, zgodnie z którym należało przedłożyć „karty katalogowe (specyfikacje techniczne) opraw użytych
w obliczeniach, zasilaczy oraz elementów systemu sterowania oświetleniem". Z zapisu tego wynika w sposób jednoznaczny, iż wykonawcy zobowiązani są do przedłożenia jedynie kart katalogowych na oprawy użyte w obliczeniach. Oświetlenie techniczne nie jest użyte
w obliczeniach, a tym samym nie jest wymagane przedłożenie karty katalogowej w tym zakresie.
Zgodnie z punktem 4.7.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy mieli przedstawić symulację oświetlenia w zakresie wymagań oświetlenia sportowego, a co za tym idzie, przedłożone miały być tylko karty katalogowe w zakresie oświetlenia sportowego i nie ma podstaw do żądania przedłożenia kart katalogowych na oświetlenie techniczne.
Rozróżnienie na oświetlenie sportowe, techniczne i eventowe wyraźnie zostało zawarte
w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – chociażby punkt 2.2 i 1.2 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia mówi o oświetleniu technicznym, a punkt 2.3
i 1.3 o oświetleniu sportowym. Zamawiający wyraźnie wymagał kart katalogowych dotyczących opraw użytych w obliczaniach, czyli kart katalogowych opraw oświetlenia sportowego. Certyfikat CNBOP dotyczy oświetlenia technicznego, a w tym zakresie Zamawiający nie wymagał przedłożenia tego dokumentu.
4. Co do niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie spełniania norm z punktu 2.3.e) szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia – brak
w dokumentach dotyczących opraw przedłożonych przez Przystępującego norm wymienionych w tym punkcie Zamawiający wskazał, że również ten zarzut jest niezadany. Normy zawarte w dokumentach dotyczących opraw nie mogą odwoływać się do norm opisanych w punkcie 2.3.e) szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.
W powołanym punkcie 2.3 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia normy podane są pod literą e): „Oferowane

oświetlenie sportowe musi spełniać najnowsze wymogi zawarte w:
a. Norma PN-EN 12193 – Światło i oświetlenie w sporcie – stanowi kompendium informacji
o wszystkich parametrach referencyjnych dla poszczególnych dyscyplin sportowych.
b. Norma PN-EN 12464 – Technika świetlna – Oświetlenie miejsca pracy – Część 1: Miejsca pracy wewnątrz peventomieszczeń – norma definiuje również parametry obiektów
o charakterze rekreacyjnym i treningowym w części dotyczącej budynków szkolnych dla sal gimnastycznych i pływalni.
c. Najnowsze wymagania Federacji: FIVB, FIBA , IHF."
Powyżej wskazane normy odnoszą się do norm oświetlenia sportowego, a nie do opraw oświetleniowych. Jest to zasadnicza różnica. Przywołane normy nie mogą być zwarte
w certyfikacie ENEC oraz w deklaracji zgodności CE, albowiem te dokumenty odnoszą się do opraw, a nie do oświetlenia. Oprawy i oświetlenie mają zupełnie inne normy.
Norma PN-EN 12193:2019-01: Norma określa wymagania dot. oświetlenia dla wewnętrznych i zewnętrznych wydarzeń sportowych najczęściej praktykowanych w Europie. Norma ta uwzględnia jedynie oświetlenie sztuczne. Zawiera wytyczne do projektowania
i kontroli instalacji oświetleniowych sportowych pod względem natężenia oświetlenia, równomierności, ograniczeń olśnienia i właściwości koloru źródła światła. Wszystkie wymienione wymagania uważane są jako wymagania minimalne. Norma określa również metody pomiarów wymienionych wielkości. Dla ograniczenia olśnienia, zwraca również uwagę na ograniczenia dotyczące lokalizacji opraw do konkretnych zastosowań.
Norma PN-EN 12464: Norma ta określa wymagania dotyczące oświetlenia pomieszczeń
i stanowisk pracy znajdujących się wewnątrz budynków, a tym samym nie jest to norma, która może być wymieniana w certyfikacie dotyczącym oprawy oświetleniowej.
Spełnienie norm wskazanych przez Zamawiającego w punkcie 2.3.e) szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia będą badane na etapie realizacji umowy, a nie na etapie postępowania.
5. Co do kart katalogowych oświetlenia eventowego Zamawiający wskazał, że uzasadnienie jest takie samo jak w przypadku kart katalogowych oświetlenia technicznego. Jak jednoznacznie wynika z opisu przedmiotu zamówienia: „Przedmiotem umowy jest dostawa, wykonanie demontażu istniejącego i montaż nowego oświetlenia sportowego, eventowego, technicznego oraz AW/EW w technologii LED dla areny głównej hali widowiskowo-
-sportowej…" Zamawiający wyróżnił trzy rodzaje oświetlenia: sportowe, techniczne
i eventowe. Każde z tych typów oświetlania zostały odrębnie opisane w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. O oświetleniu eventowym mówi punkt 2.3. Natomiast wyliczenia zgodnie z punktem 4.7.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagane są dla oświetlenia sportowego i tylko dla oświetlenia sportowego wymagane jest przedłożenie kart katalogowych.
Punkt 4.7.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje jednoznacznie: „opraw użytych w obliczeniach", czyli opraw użytych w symulacji, o której mowa w punkcie 4.7.1.
Z tych powodów Zamawiający nawet nie ma podstawy prawnej ani faktycznej do żądania przedłożenia tych dokumentów.
6. Co do certyfikatu na uderzenie piłką Zamawiający wskazał, że Odwołujący w sposób błędny przywołuje zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z informacją zawartą pod tabelą w punkcie 3.1. „W przypadku opraw oświetleniowych montowanych na opuszczanym koszu głównym muszą posiadać certyfikat na uderzenie piłką bądź zostać odpowiednio zabezpieczone". Zamawiający nie żądał przedstawienia certyfikatu na uderzenie piłką. Zapis w sposób wyraźnie wskazuje alternatywę – wykonawca może albo przedstawić certyfikat, albo odpowiednio zabezpieczyć oprawę. W jaki sposób wykonawca odpowiednio zabezpieczy oprawę, jest sprawą wykonawcy. Zamawiający nie żądał przedstawienia sposobu zabezpieczania, zatem nie może również żądać w tym zakresie wyjaśnień od wykonawcy czy żądać, aby w karcie katalogowej zawarto opis, że oprawa może być dodatkowo zabezpieczana przed uderzeniem piłką. Zabezpieczenie oprawy jest dowolne do zastosowania przez wykonawcę i nie musi wcale ingerować w jej konstrukcję.
Zgodnie z punktem 4.7.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał: „deklaracje i inne certyfikaty wymagane w tym dokumencie lub z racji przepisów prawa". Obowiązkiem wykonawcy jest przedłożenie deklaracji, a jeżeli z treści deklaracji wynika, iż jest konieczność przedłożenia certyfikatu, to taki certyfikat należy przedłożyć. Sformułowanie „w tym dokumencie" oznacza „w tej deklaracji", np. w deklaracji zgodności UE Disano 412800-0034-8 jest odwołanie do certyfikatu CE. I ten certyfikat CE został przedłożony. Zamawiający nie żądał przedkładania osobnych certyfikatów na żadne
z urządzeń elektrycznych, opraw oświetleniowych, wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia.
Co do dokumentów wymienionych w punkcie 5. i 8. Odwoływania Zamawiający wskazał, że pismem z 22 października 2020 r. wezwał wykonawcę do przedłożenia karat katalogowych (specyfikacji technicznych): „w ocenie Zamawiającego brak dokumentów, o których mowa
w punkcie 7.4.3 SIWZ w zakresie systemu sterowania oświetleniem, dotyczących punkt 2 i 3 powyżej, to jest: konsoli sterowania oświetleniem z ekranem dotykowym o przekątnej powyżej 20 cali i monitora odsłuchowego". W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący uzupełnił dokumenty w powyższym zakresie. Dokumenty nie budzą zastrzeżeń Zamawiającego. Wszystkie karty katalogowe na elementy systemu sterowania oświetleniem zostały przedłożone.
Wbrew twierdzeniom Odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może nastąpić na każdym etapie postępowania, a nie tylko na etapie składania ofert. Utrwalone jest orzecznictwo w tym zakresie, iż dokumenty należy zastrzec w momencie ich przedkładania. Jeżeli dokumenty nie są składane wraz z ofertą, ale później, to właśnie w momencie ich składania należy zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa. Tak też zrobił Przystępujący i wraz
z przesłaniem dokumentów zastrzegł niektóre z nich jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca wskazał: „Uwaga: na podstawie ustawy z 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych zastrzegamy, że pliki: - 20200810_calc_ergo_ V10.rdf (plik źródłowy
w programie Retux) oraz - pliki „fotometria"(pliki LDT) nie mogą być udostępniane osobom trzecim, ponieważ stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa GEOKAT Sp. z o.o. W powyższych plikach przyjęto rozwiązania techniczne, pozycje montażowe opraw, kąty rozsyłu, kąty nachylenia modułów LED dla hali ERGO ARENA, co stanowi wartość intelektualną i *know-*
*-how* GEOKAT Sp. z o.o. Pliki LDT stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa DISANO Illuminazione, które zostały udostępnione GEOKAT na podstawie umowy handlowej wyłącznie na potrzeby Państwa przetargu. Ich ujawnienie osobom trzecim może pogarszać pozycję GEOKAT w przyszłych przetargach, zwłaszcza po analizie szczegółowych rozwiązań w programie Relux i plików fotometrycznych". W ocenie Zamawiającego Przystępujący wskazał w sposób wyraźny, jakie dokumenty zastrzega, wyjaśnił, dlaczego zastrzegł te informacje, jak również wskazał, w jaki sposób są chronione.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, jeżeli wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie są niewystarczające, Zamawiający zobowiązany jest wezwać do ich uzupełnienia (wyrok KIO 2710/12: „wyjaśnienie wątpliwości, czy dana informacja faktycznie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa może nastąpić w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 p.z.p., wydaje się również zasadna możliwość zastosowania art. 26 ust. 4 p.z.p").
W przedłożonych 27 października 2020 r. wyjaśnieniach Przystępujący wskazał, iż zastrzeżone pliki (plik źródłowy oraz pliki LDT) są plikami, które zawierają *know-how* dostawcy oświetlenia oraz wrażliwe dane techniczne opraw. W obrocie gospodarczym takie pliki nie są udostępniane osobom trzecim i żaden dostawca oświetlenia nie zamieszcza ich np. na swojej stronie internetowej lub w bazach danych. Pliki źródłowe są opracowywane wyłącznie przez specjalistów od projektowania oświetlenia sportowego, wymagają dostępu do specjalistycznego oprogramowania oraz są unikalne dla projektowanego obiektu. Każda
z firm inaczej dobiera określone parametry, co może przełożyć się na liczbę i rodzaj opraw, stanowi to więc istotną informację handlową. Dodatkowo zapis plików (rozszerzenie .rdf oraz .ldt) uniemożliwia otwarcie i edycję plików osobom postronnym. Przystępujący podjął działania dotyczące zabezpieczenia plików związanych z przetargiem. Dostęp do plików posiada zarząd i osoba dedykowana do zarządzania przetargiem. Dostęp do dysków spółki jest szyfrowany i nie mają do niego dostępu pozostali pracownicy. Komunikacja pomiędzy spółką a upoważnionym pracownikiem odbywa się zabezpieczoną drogą (oprogramowanie SecuExtender). Przystępujący załączył również pismo dotyczące współpracy oraz zobowiązanie do poufności od dostawcy oświetlenia Disano Illuminazione S.p.A., które zawiera informację o poufności plików stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Disano.
W ocenie Zamawiającego dodatkowe wyjaśnienia oraz złożony dokument potwierdzają poufność informacji i są wystarczające do skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
Dodatkowo Przystępujący złożył pełnomocnictwo dla K. K., jednak upoważnienie do kontaktowania się pana K. z Zamawiającym wynika bezpośrednio z treści JEDZ złożonego przez Przystępującego.
Podczas rozprawy zamawiający dodał, że nie żądał potwierdzenia wszystkiego – nie żądał potwierdzenia dla oświetlenia eventowego i technicznego, jedynie dla sportowego. Zamawiający żądał w punkcie 4.7.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia kart katalogowych elementów systemu sterowania oświetleniem, ale niestety nie doprecyzował,
o jakie elementy chodzi, zatem uznał karty elementów przedstawionych przez Przystępującego. Natomiast na wszelki wypadek 22 października 2020 r. wezwał go do uzupełnienia dokumentów w postaci kart katalogowych konsoli sterowania oświetleniem
i monitora odsłuchowego, a wykonawca takie karty złożył.
Zamawiający nie żądał też certyfikatów na zabezpieczenie opraw na koszu. Takie informacje nie pojawiają się też w kartach katalogowych. Są one wykonywane już konkretnie przez wykonawcę przy montażu. Poza tym dotyczy to tylko 4 z ok. 140 zamawianych sztuk, dlatego nie jest to istotna część zamówienia i Zamawiający nie żądał potwierdzenia na etapie oferty.
Co do certyfikatu ENEC dla oprawy 3196 wskazuje, że dla opraw przeprowadzane są badania na zakłócanie pola elektromagnetycznego. Wskazane modele (3196 i 3195) mają tę samą oprawę, zatem, zdaniem Zamawiającego, nie ma potrzeby przedstawiania innego certyfikatu ENEC. Wykonawca załączył dokument o nazwie „Speed Letter" dotyczący bezpieczeństwa fotobiologicznego, co jest uzupełnieniem certyfikatu w zakresie zależnym od soczewki. Zamawiający żądał przedstawienia certyfikatu albo innego sposobu wykazania
i takim potwierdzeniem dla niego jest ww. „Speed Letter". Te dwa dokumenty razem potwierdzają wymagania. W „Speed Letter" wymieniony jest numer 3196 i występują tam dwie przedmiotowe normy.
W punkcie 4.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przywołane są normy, ale Zamawiający nie żądał potwierdzenia ich spełnienia na etapie postępowania przetargowego certyfikatami. Spełnienie tego wymogu można stwierdzić na podstawie załączonych obliczeń, gdyż dotyczą sposobu projektowania, a nie opraw jako produktów.
Co do zasilaczy Zamawiający stwierdził, iż dla DISANO wykonuje je podwykonawca. Mają one te same parametry, ale oznaczone są inną nazwą. Pełna nazwa systemu, która powinna być podana, to DMX512, natomiast wszyscy posługują się skrótowo nazwą DMX. DMX dzieli się na podsystemy, między innymi na RDM i nie ma potrzeby, by było to pokazywane
w ENEC.
Jeśli chodzi o certyfikaty CE, to często są one tworzone metodą kopiuj-wklej. W większości są wydawane na oprawę, więc i w tym certyfikacie prawdopodobnie zostało odniesienie do opraw. Zamawiający nie ma wątpliwości co do treści dokumentów. Celem ENEC jest stwierdzenie, czy zasilacz nie powoduje zakłócenia w sieci i nie ma potrzeby wykazywania współpracy z RDM. Z certyfikatu ENEC wynika, że badany był zasilacz z systemem DMX, co oznacza, że współpracuje z systemem sterowania, co jest dla Zamawiającego wystarczającą informacją.
III Stanowisko przystępującego po stronie odwołującego
Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Gdańskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.
Przystępujący stwierdził, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał liczne braki
w dokumentach złożonych na wezwanie Zamawiającego. Dokumenty te dotyczą zgodności oferowanego świadczenia ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a ich złożenie
w komplecie jest warunkiem niezbędnym do uznania oferty za zgodą ze specyfikacją i jej wyboru. Jeżeli Zamawiający zażądał spełnienia określonych warunków i złożenia określonych dokumentów, to nie jest dopuszczalna arbitralna decyzja o zaakceptowaniu oferty, która jest w tym zakresie niekompletna. Zamawiający jest związany treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia na równi z wykonawcami, gdyż tylko takie prowadzenie postępowania gwarantuje zachowanie konkurencji. Z uwagi na wskazane
w odwołaniu braki oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona.
Odwołujący zarzucił, że pliki źródłowe w programie Relux oraz pliki LDT nie zawierają informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje w nich zawarte stanowią wiedzę powszechnie dostępną dla osób zajmujących się projektowaniem oświetlenia, co stanowi punkt odniesienia do ustalenia, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Pliki te mają natomiast znaczenie dla określenia, czy zaoferowane przez Przystępującego świadczenie jest zgodne z wymogami Zamawiającego wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tej sytuacji zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiło wyłącznie próbę utrudnienia pozostałym wykonawcom dostępu do informacji, co nie powinno zyskać akceptacji i nie było skuteczne. Ponadto zastrzeżenie zostało zawarte w mailu przesłanym przez K. K., do którego dołączono przedmiotowe pliki źródłowe. Osoba ta została w ofercie Przystępującego (JEDZ) wskazana jako wyznaczona do kontaktów, natomiast nie posiada umocowania do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy – oferta Przystępującego została złożona przez osoby uprawnione do

reprezentacji wykonawcy zgodnie z KRS, bez ustanawiania pełnomocnika. W tej sytuacji złożone przez nią w mailu zastrzeżenie nie może zostać przypisane wykonawcy z powodu braku umocowania, a zatem wykonawca nie złożył skutecznie oświadczenia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przy składaniu dokumentów uzupełniających do oferty. Oświadczenie złożone przez pana K., niezależnie od oceny merytorycznej zasadności, nie było oświadczeniem należycie reprezentowanego wykonawcy. Z powyższego wynika, że Zamawiający nie miał podstaw do nieprzekazywania tych plików pozostałym wnoszącym o to wykonawcom, a dokonując tego naruszył przepisy postępowania w sposób, który niewątpliwie mógł mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż pozostali wykonawcy mogliby ustosunkować się do treści zawartych w zastrzeżonych plikach. To , zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi przesłankę do uwzględnienia odwołania. Zatem również zarzut naruszenia art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych podniesiony przez Odwołującego jest zasadny
IV Stanowisko przystępującego po stronie zamawiającego
Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca GEO-KAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.
Podczas rozprawy Przystępujący potwierdził, że pliki .ldt i .rtm mają wartość handlową.
O przedstawienie plików producenta należałoby się zwrócić do producenta.
Potwierdził, że pliki .ldt i .rtm pochodzą od producenta, natomiast to, co stworzył Przystępujący na potrzeby niniejszego zamówienia, to pliki PDF powstałe na podstawie plików otrzymanych od producenta.
W informacji DISANO wskazano, że pliki nie mogą być kopiowane i dystrybuowane. Nie było też zarzutu, że pliki PDF są przerabiane lub niewiarygodne. Zauważa, że każdy plik źródłowy można zmienić. W plikach PDF zawarto 1100 stron obliczeń, do których Odwołujący nie wniósł żadnych zastrzeżeń.
Przystępujący podkreślił, że nawet zmniejszenie liczby opraw o jedną powoduje oszczędności związane z mniejszą ilością okablowania oraz pomiarów. Różnice cen ofert były niewielkie i wynikają z ilości opraw.
Co do braku kart katalogowych wskazał, że Przystępujący nie był wzywany do ich przedstawienia. Podkreślił, iż liczba elementów samoistnych to ok. 100, zatem wykonawca mógłby przedstawiać karty katalogowe w nieskończoność. Zakresem umowy jest wykonanie projektu wykonawczego, zatem wykonawca może uzgodnić z Zamawiającym zastosowanie odpowiednich elementów, więc rozsądne było ze strony Zamawiającego, że nie prosił
o przedstawienie wraz z ofertą wszystkich kart katalogowych.
Wyjaśnił, że wskazane w punkcie 9. odwołania oprawy na koszu głównym to kratownica pod sufitem. Są różne sposoby zabezpieczenia i właściwy będzie wybrany na etapie realizacji.
IV Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów nie jest sporny między Stronami i Przystępującymi.
Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących,
w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępujących przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybranie oferty Przystępującego, pomimo iż złożona przez tego wykonawcę oferta nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji, jako że doszło do wyboru oferty niezgodnej co najmniej w części z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędne zastosowanie
i nieudostępnienie Odwołującemu informacji o ostatecznych obliczeniach dokonanych przez Przystępującego, stanowiących element oferty, których zażądał Odwołujący.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieudostępnienie Odwołującemu informacji o ostatecznych obliczeniach dokonanych przez Przystępującego, stanowiących element oferty, Izba stwierdziła, co następuje.
Zgodnie z wymogiem punktu 4.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę, iż ofertowany przedmiot zamówienia jest zgodny
z opisem przedmiotu zamówienia wykonawca miał przedłożyć na wezwanie zamawiającego m.in. symulację zaprojektowanego oświetlenia w programie Dialux lub Relux (wersja pisemna oraz edytowalna w programie komputerowym) potwierdzającą spełnienie wymagań oświetlenia sportowego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pliki fotometryczne LDT zastosowanych opraw.
Przystępujący przedstawił wymagane dokumenty, ale pliki 20200810_calc_ergo_V10.rdf (plik źródłowy w programie Relux) oraz „fotometria” (pliki LDT) zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.
Art. 8 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych
z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jeden z takich przypadków został wskazany w ust. 3 tego artykułu, zgodnie z którym to przepisem 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4, tj. nazw (firm) oraz adresów wykonawców, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach, które podaje się podczas otwarcia ofert.
Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia
16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913)
i wskazuje, że 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.
Jak wynika z dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, aby wykonawca mógł zastrzec daną informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą zostać spełnione jednocześnie trzy warunki: po pierwsze – informacja musi mieć taki charakter, po drugie – wykonawca musi ją zastrzec nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, po trzecie – wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
Odnośnie warunku drugiego należy wskazać, że przepis co prawda mówi jedynie
o informacjach składanych na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak w orzecznictwie i piśmiennictwie nie budzi wątpliwości, że nie tylko część oferty lub wniosku może zawierać tajemnicę, a w stosunku do informacji przedstawianych zamawiającemu później, np. w ramach wyjaśnień treści oferty, przesłankę tę stosuje się *per analogiam* i przepis ten nie oznacza, że później przekazane informacje nie mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, jeśli mają taki charakter, zaś samego zastrzeżenia dokonuje się w momencie przekazywania danej informacji, a nie
*a priori* do przyszłych, niesprecyzowanych i potencjalnych tajemnic, które mogą być przekazywane po otwarciu ofert lub złożeniu wniosków – zwłaszcza w obliczu konieczności wykazania w momencie ich składania, dlaczego dana konkretna informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa.
Jeśli zaś chodzi o warunek trzeci – obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, czyli udowodnienie, że dana informacja rzeczywiście spełnia wszystkie przesłanki wymagane od tajemnicy przedsiębiorstwa. Musi to nastąpić, co do zasady, w chwili składania danej informacji, a nie w terminie późniejszym.
Przedmiotowe zastrzeżone dokumenty zostały złożone na wezwanie dokonane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Składając te dokumenty Przystępujący wskazał, że „na podstawie ustawy z 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych zastrzegamy, że pliki: - 20200810_calc_ergo_V10.rdf (plik źródłowy w programie Relux) oraz - pliki „fotometria" (pliki LDT) nie mogą być udostępniane osobom trzecim, ponieważ stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa GEOKAT Sp. z o.o. W powyższych plikach przyjęto rozwiązania techniczne, pozycje montażowe opraw, kąty rozsyłu, kąty nachylenia modułów LED dla hali ERGO ARENA, co stanowi wartość intelektualną i know-how GEOKAT Sp.
z o.o. Pliki LDT stanowią tajemnice przedsiębiorstwa DISANO Illuminazione, które zostały udostępnione GEOKAT na podstawie umowy handlowej wyłącznie na potrzeby Państwa przetargu. Ich ujawnienie osobom trzecim może pogarszać pozycję GEOKAT w przyszłych przetargach, zwłaszcza po analizie szczegółowych rozwiązań w programie Relux i plików fotometrycznych. Dla uniknięcia wątpliwości efekty symulacji oświetlenia w postaci plików pdf (20200810_calc_ergo_V10_scena 1 i 2) nie podlegają zastrzeżeniu i mogą być udostępniane osobom trzecim na ich wniosek."
Jednocześnie podczas rozprawy Przystępujący potwierdził, że to pliki .ldt i .rtm pochodzą od producenta, natomiast to, co stworzył Przystępujący na potrzeby niniejszego zamówienia, to pliki .pdf powstałe na podstawie plików otrzymanych od producenta.
Także Zamawiający podczas rozprawy wskazał, że pliki .ldt najczęściej są umieszczane przez producentów na stronach internetowych dla zwykłych, powszechnie stosowanych opraw, natomiast dokumentacja dotycząca produktów specjalistycznych jest udostępniana podmiotom na ich prośbę.
Z powyższego wynika więc, po pierwsze, że Przystępujący nie wykazał w sposób wymagany art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, że przedmiotowe informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przesłane przez niego uzasadnienie zastrzeżenia trudno nawet uznać za wstęp do takiego wykazania.
Po drugie, z przedstawionych wyjaśnień wynika, że przedmiotowe pliki .ldt i .rtm nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza przedsiębiorstwa Przystępującego, gdyż nie pochodzą od niego, a jedyny plik przez niego sporządzony – plik w formacie .pdf, jest jawny. Zamawiający i Przystępujący sami potwierdzili także, że pliki dotyczące produkowanych opraw, służące do obliczeń, producenci opraw przesyłają zainteresowanym. Brak zwyczaju umieszczania takich plików na stronach internetowych producentów – co ma miejsce
w stosunku do opraw powszechnie używanych w obrocie konsumenckim, gdzie liczba potencjalnie zainteresowanych danymi jest bardzo duża, wygodniejsze jest więc upublicznienie tych plików – nie oznacza jeszcze, że stanowią one tajemnicę, tylko że producent przekazuje te pliki bezpośrednio zainteresowanym. Z wyjaśnień Zamawiającego
i Przystępującego, zdaniem Izby, wynika, że producent zainteresowany jest – lub powinien być – przedstawianiem swoich produktów wykonawcom jako potencjalnym klientom.
Z założenia nie jest to więc tajemnica.
Co zaś do wymienionych jako wartość handlowa rozwiązań technicznych, pozycji montażowych opraw, kątów rozsyłu, kątów nachylenia modułów itp., to Przystępujący (ani Zamawiający) nie udowodnili, że nie jest to, jak wskazał Odwołujący, po prostu wiedza profesjonalna dostępna profesjonalistom.
Sam fakt, że przygotowanie projektu od podstaw zajmuje dany czas, np. dwa tygodnie, nie jest jeszcze równoznaczny z możliwością objęcia tego projektu tajemnicą przedsiębiorstwa. Jest to produkt finalny wiedzy osoby go sporządzającej i narzędzi, którymi dysponuje. Owszem, może być tajemnicą handlową w momencie przygotowywania oferty w przetargu, kiedy wykonawca walczy z konkurentami o złożenie jak najlepszej oferty, ale przestaje nią być w chwili otwarcia ofert. Projekt taki można porównać do projektu budowlanego – który najczęściej jest bardziej skomplikowany i czasochłonny niż sam projekt oświetlenia – a nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa projektanta.
Zatem, w ocenie Izby, zarzut potwierdził się.
Biorąc jednak pod uwagę fakt, że Odwołujący nie kwestionował poprawności oferty Przystępującego w zakresie zaoferowanego przez niego oświetlenia, pomimo że pliki
w formacie .pdf, odnoszące się do tej kwestii, były jawne, Izba, stosując się do dyspozycji
art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie uwzględniła odwołania w tym zakresie. Przywołany przepis stanowi bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym, nawet jeśli Izba stwierdzi naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz nie ma ono wpływu na wynik postępowania przetargowego, odwołanie (lub *per analogiam* jego zarzut, którego kwestia dotyczy) podlega oddaleniu.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i uznanie jej za najkorzystniejszą, pomimo że jest ona niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, co następuje.
Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje

i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżelijej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, który stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie:
1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne (niż oczywiste omyłki pisarskie
i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając
o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.
Jak z kolei wynika z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w postępowaniu
o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje
w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.
Przepis ten oznacza w konsekwencji, że zamawiający może żądać od wykonawców tylko dokumentów wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ogłoszeniu
o zamówieniu lub zaproszeniu do składania ofert (miejsce wskazania dokumentów może się różnić w zależności od trybu udzielania zamówienia).
Jak wynika z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone
w przepisach wydanych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień
w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych.
Do dokumentów tych ma też zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa
w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w ustawy Prawo zamówień publicznych, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
Zgodnie z rozdziałem IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia", pkt 4.7, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę, iż ofertowany przedmiot zamówienia jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym
w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia a wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie poniższych dokumentów: należy przedłożyć na wezwanie zamawiającego:
4.7.1. symulację zaprojektowanego oświetlenia w programie Dialux lub Relux (wersja pisemna oraz edytowalna w programie komputerowym) potwierdzającą spełnienie wymagań oświetlenia sportowego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4.7.2. pliki fotometryczne LDT zastosowanych opraw,
4.7.3. karty katalogowe (specyfikacje techniczne) opraw użytych w obliczeniach, zasilaczy oraz elementów systemu sterowania oświetleniem,
4.7.4. deklaracje i inne certyfikaty wymagane w tym dokumencie lub z racji przepisów prawa;
4.7.5. wykaz co najmniej jednego obiektu sportowego o pojemności min. 5000 miejsc siedzących w których prowadzone są rozgrywki sportowe rangi krajowej lub międzynarodowej.
Zatem – w zakresie dotyczącym przedmiotu oferty – tylko do przedstawienia powyższych dokumentów Przystępujący był zobowiązany. W tym zakresie Izba uznała wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie i przedstawione podczas rozprawy
i uznała jego działanie za prawidłowe. Zostały one szeroko przytoczone powyżej, więc nie będą powtarzane.
Co zaś do ewentualnych drobnych uchybień proceduralnych Zamawiającego w tym zakresie, to także w tym przypadku ma zastosowanie dyspozycja art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym to przepisem Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego z powodów wskazanych w odwołaniu, a tym samym i wpływu na wynik postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.
W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.
w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów
w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 złotych.

**Przewodniczący:……..…**