

WYROK
z dnia 2 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant:

Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2020 r. przez wykonawcę **Aparator S.A z siedzibą w Toruniu**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja S.A z siedzibą w Krakowie**,

przy udziale:

1) wykonawcy **Foxytech Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy**,

2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Esmetric Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie**, **UAB „Elgama Elektronika” z siedzibą w Wilnie**,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania numerami I i III i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

1.3. ujawnienie informacji przedstawionych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Esmetric Sp. z o.o. Sp.k., UAB „Elgama Elektronika”, w następującym zakresie:

–Certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania jakością zgodnie z modulem H1 wraz z tłumaczeniem;

–Certyfikat badania projektu UE wraz z tłumaczeniem;

–Próbka licznika energii elektrycznej z modemem wraz z niezbędnym wyposażeniem;

–Raport na zgodność z normą 62053-23;

1.4. ujawnienie informacji przedstawionych przez wykonawcę Foxytech Sp. z o.o., w następującym zakresie:

–wzorzec licznika S34U18 S09.Y1.J0 nr 20040002,

–wzorzec modułu ME19-LT14 4 G nr 20040002,

–antena zewnętrzna pionowa 6dBi

–certyfikat - MID-B Certificate 1565-18 - V5 wraz z tłumaczeniem,

–raport z badań - Test Report 1203-20 - V2 wraz z tłumaczeniem,

–certyfikat badania typu modułu 4G - 15. 4G module CE Certificate;

1.5. powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania numerami: II, V, VI.1, VI.2, VI.3;

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

4. Kosztami postępowania obciąża Tauron Dystrybucja S.A. w części 3/4 i wykonawcę Aparator S.A. w części 1/4 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.050 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćdziesiąt złotych zero groszy).

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Dystrybucja S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem LTE*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 041-097736.

W dniu 28 września 2020 r. wykonawca Apator S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że odpowiada ona treści SIWZ;
- 2) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia części załączników do protokołu, tj. dokumentów wskazanych w pkt 1-4 oraz 9-10 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – pismo Foxytech z 15 czerwca 2020r.;
- 3) art. 96 ust. 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia części informacji zastrzeżonych w ofercie Foxytech, tj.:
 - a) dokumenty wskazane w pkt 11, 12, 19 pisma Foxytech z 20 maja 2020r.,
 - b) dokumenty wskazane w pkt 1-4 oraz 9-10 pisma Foxytech z 15 czerwca 2020r.;
- 4) art. 96 ust. 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia części informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Esmetric – dokumenty wskazane w pkt 2, 3, 9, 11 pisma Konsorcjum Esmetric z 20 maja 2020 r.;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Esmetric pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 6) art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum Esmetric o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny pomimo, że:
 - a) cena oferty tego wykonawcy wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi;
 - b) cena całkowita oferty tego wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zaś rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 7) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Foxytech, mimo że nie jest to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
- 8) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Foxytech do uzupełnienia dokumentów;
- 9) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Foxytech do złożenia wyjaśnień;
- 10) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania i oceny oferty oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego;
- udostępnienia dokumentów z oferty Foxytech: certyfikatu badania typu moduł B wraz z aneksami i załącznikami wydany do certyfikatu oraz raportu z badania licznika na zgodność z normą EN 62053 - 23 (energii biernej) wydany przez jednostkę akredytowaną;
- odtajnienia złożonych przez Foxytech dokumentów w postaci: próbki licznika, próbki modemu, próbki anteny, dokumentów wskazanych w pkt 1-4 oraz 9-10 pisma Foxytech z 15 czerwca 2020 r.;
- odtajnienia zastrzeżonych przez Konsorcjum Esmetric dokumentów w postaci: certyfikatu zatwierdzenia systemu zarządzania jakością zgodnie z modułem HI wraz z tłumaczeniem, certyfikatu badania projektu UE wraz z tłumaczeniem, próbki licznika energii elektrycznej z modemem wraz z niezbędnym wyposażeniem, raportu na zgodność z normą 62053-23;
- odrzucenia oferty Konsorcjum Esmetric;
- wezwania Konsorcjum Esmetric do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp;
- wezwania Foxytech do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień.

I. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego

Odwołujący wskazał, że 18 września 2020 r. Zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty z powodu niespełnienia wymagania określonego w pkt 1.4 załącznika 1 do umowy – wymagania techniczne dla liczników 3 fazowych (specyfikacja urządzeń) o treści:

Liczniki muszą posiadać plomby wykonane z tworzywa sztucznego, na których są nałożone cechy zabezpieczające, w celu zapewnienia prostego i skutecznego plombowania obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, zabezpieczając wewnątrz licznika przed ingerencją umożliwiającą

nielegalny pobór energii elektrycznej.

Przez pojęcie plomba rozumie się element, na którym nałożone są cechy zabezpieczające.

W przypadku oferowania licznika w obudowie monolitycznej dopuszcza się zastosowanie plomb hologramowych, gdy takie rozwiązanie przewiduje Certyfikat badania typu/projektu (MID) dla tego licznika. Miejsce nałożenia cech zabezpieczających musi być określone przez producenta w Certyfikacie badania typu/projektu (MID). Nie dopuszcza się dostarczenia liczników bez nałożonych plomb zabezpieczających.

Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty APATORA w następujący sposób:

Konstrukcja osłony skrzynki zaciskowej oraz miejsca założenia plomb zabezpieczających w dostarczonym wzorze licznika trójfazowego, złożonego z ofertą, posiada osłonę skrzynki zaciskowej, która ze względu na zbyt niskie usytuowanie śrub mocujących osłonę (w połowie jej wysokości) pozwala na odgięcia jej górnej części, umożliwiając dostęp do modemu oraz listwy zaciskowej licznika. Może to skutkować świadomym działaniem osób nieuprawnionych, polegającym na próbie pobierania energii elektrycznej z pominięciem licznika.

Odwołujący podniósł, że część powyższego uzasadnienia nie koreluje z treścią wymagania, którego niespełnienie rzucił Zamawiający. Odwołujący stwierdził, że z fragmentu wymagania o treści: *zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej* wynikają następujące przesłanki, które muszą być spełnione łącznie:

–wymagane jest zabezpieczenie wnętrza licznika (a nie jakiegokolwiek jego innego elementu) oraz

–zabezpieczenie ma chronić przed ingerencją – taką, która umożliwia nielegalny pobór energii elektrycznej, a nie jakąkolwiek ingerencją.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wykazał, a nawet nie podniósł twierdzenia, że możliwy jest dostęp do wnętrza, a listwa zaciskowa i modem nie są elementami wnętrza licznika. Ponadto Zamawiający nie wykazał, a nawet nie podniósł, że dostęp na który wskazuje (pomijając kwestie wnętrza licznika) powoduje, że zachodzi ingerencja umożliwiająca nielegalny pobór energii elektrycznej. Zamawiający ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że może to skutkować świadomym działaniem osób nieuprawnionych, polegającym na próbie pobierania energii elektrycznej z pominięciem licznika.

Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, co następuje:

Oslona skrzynki zaciskowej, listwa zaciskowa i modem nie stanowią wewnętrznej części licznika

Odwołujący powołał się na stanowisko Zamawiającego dotyczące analogicznego wymogu w postępowaniu z 2016 r., zaprezentowane w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 1942/16 KIO 1952/16. Zarzut dotyczył analogicznej kwestii, ponieważ wskazywał na możliwość kradzieży energii poprzez wprowadzenie przewodu od dołu osłonki po jej lekkim podniesieniu i przez fakt, że jest ona przezroczysta, nakierowanie go i wsunięcie do zacisku obok oryginalnego przewodu, bez potrzeby manipulowania, wyginania i trafiania na „chybił trafił”. Odwołujący uznał wówczas zarzut za niezasadny, wskazując, że wymaganie SIWZ dotyczy zabezpieczenia wewnętrznych części licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej, a skrzynka zaciskowa i listwa zaciskowa są elementami zewnętrznymi licznika zgodnie z normą 50470-1 (przywołując definicję normy w tym zakresie). Ta sama norma jest przywoływana przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu jako obowiązkowa w pkt 1.1.2 lit. a załącznika nr 1 do umowy. Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza uznała stanowisko Zamawiającego i nie uwzględniła zarzutu, podnosząc, że zarzut skupia się na wadach osłony listwy zaciskowej, która jest elementem zewnętrznym licznika i nie ma związku z wymogiem SIWZ pkt 1.16, który dotyczy zabezpieczenia wewnętrznych części licznika.

Odwołujący podniósł, że odrzucenie jego oferty jest niezasadne, gdyż opisane w uzasadnieniu przez Zamawiającego zarzuty możliwości kradzieży energii skupiają się na wadach osłony listwy zaciskowej, która zgodnie z wyrokiem KIO jest elementem zewnętrznym licznika i nie ma związku z wymogiem określonym w pkt 1.4 załącznika 1 do umowy, który dotyczy zabezpieczenia wewnętrznych części licznika. Ponadto zaoferowany licznik OTUS3 spełnia wymagania określone w pkt 1.4 załącznika nr 1 do umowy, a mianowicie posiada proste i skuteczne plombowanie obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej. Odwołujący stwierdził, że na tej samej zasadzie należy potraktować modem, zaoferowany licznik posiada bowiem modem zabudowany w obrysie licznika w dedykowanej wnęce a nie wewnątrz obudowy.

Brak ingerencji umożliwiającej nielegalny pobór energii elektrycznej

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wykazał, a nawet nie podniósł twierdzenia, że wystąpiła *ingerencja umożliwiająca nielegalny pobór energii elektrycznej*, wskazał jedynie, że *może to skutkować świadomym działaniem osób nieuprawnionych, polegającym na próbie pobierania energii elektrycznej z pominięciem licznika*. Zdaniem Odwołującego świadome działanie osoby to aspekt niezwiązany z konstrukcją licznika oraz jego cechami technicznymi, i jest okolicznością, na którą żaden producent nie ma wpływu. Poza tym to działanie pozostaje w sferze przypuszczeń, ponieważ sam Zamawiający opatruje je sformułowaniem *może*. Kwestie te nie są elementem wymagania Zamawiającego i zostały arbitralnie wprowadzone na etapie badania licznika. Zamawiający wskazuje też na *próbę pobierania energii elektrycznej*, choć wymaganie takiej przesłanki nie zawiera. Wymaganie Zamawiającego nie daje podstaw do kwestionowania licznika, z powodu czyjegoś zamiaru dokonania próby kradzieży energii elektrycznej, co zresztą byłoby pozbawione jakichkolwiek podstaw.

Nieprawidłowe badanie próbki

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w trakcie badań licznika, w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, niejasności czy uwag do próbki na bieżąco konsultował je Online z przedstawicielem Odwołującego. W stosunku do tego konkretnego badania spełniania wymagania pkt 1.4 załącznika nr 1 do umowy, którego niespełnienie zarzucono Odwołującemu, Zamawiający nie miał żadnych uwag ani wątpliwości podczas badania, o czym świadczy jego przebieg.

Odwołujący podniósł, że zaoferowany licznik posiada osłonę skrzynki zaciskowej wykonaną z tworzywa, które nie jest plastyczne i nie ulega odkształceniu, dlatego możliwość odgięcia osłony, o którym pisze Zamawiający, może mieć miejsce tylko po wcześniejszym zdjęciu osłony z licznika i jej uplastycznieniu poprzez wielokrotne uginanie w tym

samym miejscu. Działanie takie pozostawia jednak widoczne ślady tzw. „zmęczenia materiału” w postaci zdeformowanego kształtu. Licznik zamontowany na sieci pracuje z zamontowaną i zaplombowaną osłonką, dlatego każda próba odgięcia osłonki bez jej uplastycznienia w ogóle jest niemożliwa oraz pozostawia ślady ingerencji w postaci zarysowań, odprysków, urazów itp.

Odwołujący wskazał, że po badaniu udostępnił Odwołującemu do wglądu próbkę licznika jego licznika, tj. OTUS 3. Odwołujący po jej oględzinach stwierdził:

- uszkodzenia zewnętrzne rantu osłony głównej oraz obudowy modułu komunikacyjnego potwierdzające ingerencję ostrym narzędziem, wskazują na to ślady ostrego narzędzia pomiędzy górną krawędzią osłony skrzynki zaciskowej a rantem osłony głównej,
- uszkodzenie osłony skrzynki zaciskowej licznika poprzez jej zdeformowanie i zmiękczenie, które musiało być wywołane poprzez wielokrotne naginanie jej w okolicach śrub plombowania.

Sytuacja polegająca na zmięczeniu i zdeformowaniu materiału mogła mieć miejsce tylko na zdemontowanej z licznika osłonie skrzynki zaciskowej. W przypadku założonej i dobrze przykręconej osłony listwy zaciskowej nie ma możliwości jej naciskania i naginania od góry, bez jej uszkodzenia czy też stwierdzenia pęknięć spowodowanych jej wyginaniem, a próbka Odwołującego uszkodzeń i pęknięć nie posiada. Wobec tego nie ulega wątpliwości, że badano próbkę ponownie, bez udziału przedstawicieli Odwołującego i to badano ją w sposób nieliczący z wymaganiem, bo ten kto kradnie energię elektryczną nie ma możliwości zdjęcia osłonki bez zerwania plomb Zamawiającego, aby ją uplastyczyć (zresztą wówczas nie miałoby to sensu, skoro osłonka jest już zdjęta). Tymczasem Zamawiający przeprowadził badanie na zdjętej osłonce, uplastyczył ją poprzez ciągłe uginanie, czym doprowadził do utraty jej właściwości w sposób niedostępny dla osoby próbującej kraść energię elektryczną.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w ostatnim czasie zaniechał swojej wieloletniej praktyki polegającej na tym, że z każdego badania próbki licznika przeprowadzonego w obecności wykonawcy, sporządzał pisemny protokół, podpisany po badaniu przez wszystkich członków Komisji technicznej oraz obecnego przedstawiciela wykonawcy, w którym odnosił się do spełnienia lub nie poszczególnych wymagań, i co do którego wykonawca mógł wnieść swoje uwagi. Zamawiający nie sporządził w tym przypadku żadnego protokołu, nie przeprowadził badania w obecności przedstawicieli. Co istotne, Zamawiający w innych postępowaniach, wzywał innych wykonawców do udziału w dodatkowych badaniach, zwłaszcza jeśli miał jakieś zastrzeżenia do ich próbki licznika.

Zabezpieczenie listwy zaciskowej i modemu przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii

Odwołujący oświadczył, że konstrukcja osłony skrzynki zaciskowej w zaofertowanym liczniku w pełni zabezpiecza dostęp do listwy zaciskowej i do modemu. Osłona ta posiada zabezpieczenia zapobiegające jej odginaniu w postaci zaczepów po obu jej wewnętrznych stronach, oraz pocienione ścianki w ściśle określonym miejscu podatne na wyłamanie po to, aby w przypadku odginania osłony, wyłamały się i pozostawiły trwałe ślady nieuprawnionej ingerencji. Niezależnie od konstrukcji osłony, która uniemożliwia jej bezśladowe odginanie i dostęp do przedmiotowych elementów, to dodatkowo licznik posiada wymagany przez Zamawiającego czujnik zdjęcia/otwarcia osłony skrzynki zaciskowej, który zadziała podczas jej odginania. W takim przypadku na LCD licznika wyświetli się symbol otwarcia osłony i nastąpi zarejestrowanie tego faktu w dzienniku zdarzeń licznika. Fakt zadziałania czujnika jest wykrywany przez systemy odczytowe Zamawiającego i zgłaszany specjalnym alertem, ponieważ licznik ze względu na posiadanie modemu, posiada zdalną komunikację z systemami informatycznymi Zamawiającego. Dlatego też Zamawiający w przypadku nieuprawnionego otwarcia/zdjęcia osłony zacisków jest od razu o tym fakcie informowany.

Odwołujący podkreślił, że licznik jest pod napięciem, a więc każda taka nielegalna próba pobierania energii elektrycznej, powodowałaby zwarcie, iskrzenie, opalenie elementów, a przede wszystkim zadziałanie zabezpieczeń, co spowodowałoby wyłączenie dopływu napięcia do licznika itp. skutki, co zostałoby odnotowane w pamięci licznika. Wskazane aspekty konstrukcyjne zaofertowanych liczników powodują, że nie jest możliwy nielegalny pobór energii przez odchylenie osłonki. Liczniki zostały tak zaprojektowane, aby uniemożliwić nielegalny pobór energii elektrycznej. Kwestia ta była przedmiotem szczegółowych badań na etapie projektowania licznika i licznych testów. Najważniejszy test dla licznika, jak dla każdego produktu, to jego codzienne użytkowanie. Liczniki zaofertowane przez Odwołującego zostały zweryfikowane poprzez pracę na sieci w wolumenie ponad 300 tys. sztuk, przez okres 2 lat, nie pozostawiając jakichkolwiek wątpliwości, że kwestionowane przez Zamawiającego wymaganie z powodzeniem spełniają. Odwołujący wskazał, że dostarczył do Tauron ponad 130 tys. liczników w takim wykonaniu i ponad 170 tys. sztuk do pozostałych koncernów energetycznych PGE, ENEA, ENERGA i PKP i nie mam ani jednego zgłoszenia (reklamacji) ze strony Zamawiającego, ani ze strony PGE, ENEA czy ENERGA odnośnie prób kradzieży energii poprzez odchylenie osłonki. Żaden z ww. koncernów nie zgłaszał uwag co do skuteczności plombowania osłonki ani do jej konstrukcji podczas badania licznika na etapie wyboru ofert oraz późniejszej eksploatacji na sieci.

II. Zaniechanie udostępnienia części załączników do protokołu

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał udostępnienia następujących dokumentów, choć nie zostały one w terminie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Foxytech (dokumenty wskazane w pkt 1-4 oraz 9-10 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – pismo FOXYTECH z 15 czerwca 2020r.):

- Certyfikat -MID-B Certificate 1565-18 -V5,
- Tłumaczenie certyfikatu -MID-B Certificate1565-18 -V5_PL,
- Raport z badań -Test Report 1203-20 -V2,
- Tłumaczenie raportu z badań -Test Report 1203-20 -V2_PL,
- Certyfikat badania typu modułu 4G -15.4G module CE Certificate
- Tłumaczenie certyfikatu badania typu modułu 4G -15. 4G module CE Certificate_PL.

Odwołujący stwierdził, że dokumenty te powinny zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp najpóźniej w terminie składania ofert, jednakże nie zostały. Wobec tego ich zastrzeżenie jest nieskuteczne i powinny zostać udostępnione na takiej samej zasadzie, jak dokumenty niezastrzeżone.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zakwestionował skuteczność ich zastrzeżenia i wskazał, że zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie protokołu zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek, a zgodnie z § 4 ust. 5 tego rozporządzenia udostępnienie to następuje niezwłocznie. Podniósł, że powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju. Odwołujący wnioskował o przekazanie ww. dokumentów w dniach 21, 23 i 24 września 2020 r. Zamawiający nie przekazał wskazanych dokumentów do 10 dnia upływu terminu na wniesienie odwołania. Pozostałe załączniki do protokołu, dostępne po wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający przekazał 23 września 2020 r., a zatem realnie było w przekazanie pozostałych dokumentów wcześniej. Ponadto Zamawiający przekazując niekompletny zestaw dokumentów nie wskazał na jakiegokolwiek przyczyny niemożności przekazania przedmiotowych dokumentów, a brak przekazania dokumentów w terminie na zaskarżenie uniemożliwia ich zaskarżenie w terminie liczącym od wyboru oferty najkorzystniejszej, uniemożliwia też skuteczne zaskarżenie czynności lub zaniechań Zamawiającego, w oparciu o zarzuty skonkretyzowane po zapoznaniu się z treścią tych dokumentów.

III. Zaniechanie odtajnienia części informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący podniósł, że Zamawiający jest zobligowany do zweryfikowania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu przedsiębiorcy, ale powinien samodzielnie dokonać oceny zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie dokonane przez Foxytech i Konsorcjum Esmetric zastrzeżenia jest ogólnikowe i mogłoby zostać użyte praktycznie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji zdaniem Odwołującego dyskredytuje możliwość uznania, że powstaje konieczność respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa w tym konkretnym postępowaniu. Ogólnie sformułowane uzasadnienia jedynie potwierdzają, że jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest utrudnienie weryfikacji ofert przez konkurencyjnych wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że całe uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich dokumentów dokonane przez ww. wykonawców jest bardzo lakoniczne. W stosunku do dokumentów, których odtajnienia domaga się Odwołujący, nie wykazano, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie mają one bardzo istotne znaczenie dla badania i oceny ofert oraz weryfikacji prawidłowości tej czynności. Ww. wykonawcy nie wykazali, dlaczego w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ujawnienie informacji jakie zastrzegł wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym wykonawca upatruje szkodę, jak również wykazanie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą.

Odwołujący podniósł, że przedmiot niniejszego postępowania został skonkretyzowany w załączniku nr 1 do umowy oraz w wyjaśnieniach treści SIWZ. Tym samym oferowane liczniki oraz ich oprogramowanie powinny spełniać parametry określone w tym załączniku. Nie może więc stanowić tajemnicą przedsiębiorstwa informacja, czy licznik spełnia dane wymaganie, czy też nie. Informacje te są istotne i równocześnie podstawowe dla oceny, czy zaoferowane urządzenia odpowiadają wymogom Zamawiającego.

Zastrzeżenie Foxytech

Odwołujący wskazał, że wykonawca Foxytech zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa szereg dokumentów załączonych do oferty, w tym dokumenty wskazane:

1) w pkt 11, 12, 19 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (pismo z 20 maja 2020 r.), tj.:

- a) Wzorzec licznika S34U18 S09.Y1.J0 nr 20040002,
- b) Wzorzec modułu ME19-LT14 4 G nr 20040002,
- c) Antena zewnętrzna pionowa 6dBi;

2) w pkt 1-4 oraz 9-10 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - pismo FOXYTECH z 15 czerwca 2020r.

Odwołujący odnosząc się do argumentacji podanej na stron 2 pisma z 20 maja 2020 r. podniósł, że żadna z trzech przesłanek uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie została spełniona i wykazana. Uzasadnienia te są wyjątkowo ogólnikowe. Odwołujący zaprzeczył, aby informacje, które można było pozyskać poprzez wgląd do próbek i pozostałych wskazanych dokumentów mogły w jakikolwiek sposób dać konkurencji przewagę lub poznać rozwiązania konstrukcyjne licznika, modemu, anteny. Po pierwsze, informacje te to najbardziej podstawowe informacje wskazujące na przeznaczenie licznika. Co istotne, liczniki są publicznie eksponowane, a więc każdy kto będzie w pomieszczeniu z zainstalowanym licznikiem będzie mógł się zapoznać z jego wyglądem, w tym z tabliczką znamionową. Sam wgląd do liczników, modemu i anteny, czy ich oględziny, lecz nie połączone z ich badaniem nie mogą doprowadzić do ujawnienia informacji konstrukcyjnych czy technicznych. Ponadto Zamawiający nie stawiał żadnych specyficznych wymagań do wyglądu licznika, modemu, anteny a informacje zawarte na tabliczce znamionowej odnośnie parametrów są wymogiem prawnym i stanowią podstawowa niezbędną dla użytkownika informacje do jakich pomiarów przeznaczony jest licznik i w żadnym wypadku nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że skoro rozwiązania techniczne i konfiguracja sprzętu zostały dostosowane do wymogów SIWZ dla tego postępowania, to cel przygotowania tych próbek/dokumentów/informacji zostanie zmaterializowany w tym konkretnym postępowaniu, a teza o skopiowaniu rozwiązań przez innych wykonawców (co jest niemożliwe na podstawie samych oględzin) jest tym bardziej bezpodstawna.

Zdaniem Odwołującego z uzasadnienia zastrzeżenia nie wynika nawet w przybliżeniu, na czym miałyby polegać unikatowość konfiguracji próbek, co w nim miałyby być innowacyjnego, czemu daje ono jakąkolwiek przewagę nad innymi rozwiązaniami. Nie wskazano żadnych konkretnych informacji technicznych, technologicznych, w tym nie wyjaśniono na czym polega wyjątkowość technologii wytwarzania (w przypadku próbek trudno uznać, aby na ich podstawie ją odtworzyć) oraz nie wyjaśniono dlaczego, a przede wszystkim, które komponenty są nowatorskie. Nie zostało też wykazane, aby były one nieosiągalne dla innych producentów. Foxytech nie wykazał, aby rzekome nowatorskie rozwiązania i technologia wytwarzania dały jakąkolwiek przewagę nad konkurencją, czyli brakuje także wykazania

wartości gospodarczej tych informacji (możliwość poczynienia oszczędności lub zysków). Teza o powstaniu szkody i uzyskania przewagi rynkowej przez konkurentów jest spekulacją, zwłaszcza że do tej pory taka sytuacja nie miała miejsca oraz nie wskazano choćby w sposób przybliżony na owe rozwiązania, które można by skopiować.

Odwolujący podkreślił, że żąda jedynie wglądu do próbek, w celu możliwości weryfikacji spełniania warunków określonych w SIWZ. Nie jest intencją Odwołującego dokonywanie fizycznej ingerencji w próbki, stąd żądanie ich udostępnienia zostało ograniczone do wglądu próbek liczników.

Zdaniem Odwołującego Foxytech nie wykazał również, że podjął odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje, będące przedmiotem zastrzeżenia, zachować w poufności oraz, że istotnie nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej. Wykonawca przedstawił procedur obowiązujących, których celem jest zabezpieczenie zbioru tych informacji, nie poinformował o konkretnych klauzulach wprowadzanych w umowach z pracownikami/kontrahentami/dostawcami. Nie przedłożono także kopii żadnych obowiązujących procedur czy przykładów umów zawieranych z pracownikami. Tymczasem pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy, rozumieć zatem należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie.

Zastrzeżenie Konsorcjum Esmetric

Odwolujący wskazał, że Konsorcjum Esmetric zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa szereg dokumentów załączonych do oferty, w tym dokumenty wskazane pod pkt 2, 3, 9 i 11 pisma z 20 maja 2020 r., tj.:

- Certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania jakością zgodnie z modułem HI wraz z tłumaczeniem,
- Certyfikat badania projektu UE wraz z tłumaczeniem,
- Próbka licznika energii elektrycznej z modemem wraz z niezbędnym wyposażeniem,
- Raport na zgodność z normą 62053-23.
- Certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania jakością zgodnie z modułem HI wraz z tłumaczeniem

Odwolujący podniósł, że Konsorcjum ESMETRIC w ogóle nie odniosło się do części ustawowych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Stwierdził, że takie certyfikaty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą. Dokumenty te potwierdzają jedynie, iż oferowane urządzenia spełniają wymagania dyrektyw UE. Konsorcjum Esmetric ogranicza się do stwierdzenia, że opisuje on uprawnienia producenta UAB Elgama Elektronika w zakresie certyfikacji liczników. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymaga, aby ta szczególna zastrzegana informacja posiadała wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa. Z oświadczenia zawartego w uzasadnieniu okoliczność ta w ogóle nie została poruszona. Ponadto proces certyfikacji jest określony w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/32/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych, więc uprawnienia podmiotu, dla którego wystawiony jest certyfikat, muszą być oparte na tej dyrektywie.

Certyfikat badania projektu UE wraz z tłumaczeniem

Odwolujący podniósł, że i jego część opisowa zawierają wszystkie istotne informacje, umożliwiające nabywcy licznika ocenę, czy zaferowany mu przyrząd jest zgodny z przyrządem na który został wydany certyfikat badania projektu, bo do pomiarów i rozliczeń może być stosowany tylko taki przyrząd, który posiada certyfikat zgodności i jest zgodny z tym certyfikatem, tzn. posiada takie parametry i funkcjonalności jakie zostały wskazane w certyfikacie. Taki certyfikat nie zawiera informacji stanowiących szczegółowy opis zastosowanej technologii, oprogramowania, konstrukcji, pozwalających konkurencji „skopiować” produkt. Wynika to wprost z dyrektywy nr 2014/32/UE. Dokumenty zawierające dokumentację techniczną załączane są przez wnioskodawcę do wniosku o badanie projektu, zgłaszanego do jednostki notyfikowanej. Dokumentacja ta jest zdeponowana w jednostce notyfikowanej i nie jest załączana do certyfikatu. Dokonanie ewentualnej aktualizacji certyfikatu przez Konsorcjum ESMETRIC nie zmienia faktu, że informacje w pozostałym zakresie zostały już ujawnione, zaś nowa data ważności certyfikatu nie posiada żadnej wartości gospodarczej. Dyrektywa 2014/32/UE w załączniku nr 2 Moduł HI ust. 4.5 i 4.6 wskazuje, że dokumentację techniczną przechowują jedynie producent i jednostka notyfikowana, aby na żądanie Komisji lub państw członkowskich móc ją im przekazać.

Próbka licznika energii elektrycznej z modemem wraz z niezbędnym wyposażeniem

Odwolujący podniósł, że przedstawione uzasadnienie dotyczy wyłącznie próbki licznika (oprócz pierwszego zdania, które *de facto* wskazuje na bezpodstawność zastrzeżenia), zaś pominięto wyposażenie, m.in. moduł komunikacyjny, antena – brak uzasadnienia, który skutkuje koniecznością odtajnienia. Sam wgląd do liczników, czy ich oględziny, lecz nie połączone z ich badaniem (czego domaga się Odwołujący) nie mogą doprowadzić do ujawnienia informacji konstrukcyjnych czy technicznych.

Odwolujący zaprzeczył, aby informacje, które znajdują się na tabliczce znamionowej/obudowie mogły w jakikolwiek sposób dać konkurencji przewagę lub poznać rozwiązania konstrukcyjne w obudowie licznika. Informacje te zawierają jedynie najbardziej podstawowe informacje wskazujące na przeznaczenie licznika. Co niezmiernie istotne, liczniki są publicznie eksponowane, a więc każdy kto będzie w pomieszczeniu z zainstalowanym licznikiem będzie mógł się zapoznać z jego wyglądem, w tym z tabliczką znamionową. Co więcej, liczniki stanowią wyrób powszechnego użytku, od lat oferowany przez producenta na wielu rynkach i nadal dostępny w miejscach zainstalowania. Jego wygląd nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający nie stawiał żadnych specyficznych wymagań co do wyglądu licznika, a informacje zawarte na tabliczce znamionowej odnośnie parametrów licznika są wymogiem prawnym i stanowią podstawowa niezbędna dla użytkownika informacje do jakich pomiarów przeznaczony jest licznik.

Odnosząc się do twierdzeń, że próbki oraz oprogramowanie zostały przygotowane specjalnie pod niniejsze postępowanie i nie były podane nigdy do publicznej wiadomości, Odwołujący podniósł, że w takim przypadku cel przygotowania tych próbek zostanie zmateralizowany w tym konkretnym postępowaniu, a teza o skopiowaniu rozwiązań przez innych wykonawców jest tym bardziej bezpodstawna.

W zakresie twierdzeń o dedykowanym złączu do modułu komunikacyjnego, Odwołujący podniósł, że liczniki

innych wykonawców też mają moduły komunikacyjne, bo one są wymagane, jak również dedykowane złącza. Nie wiadomo jednak po lekturze uzasadnienia, nawet w przybliżeniu, na czym miałyby polegać wyjątkowość tego dedykowanego złącza, co w nim miałyby być innowacyjnego, czemu daje ono jakąkolwiek przewagę nad innymi rozwiązaniami.

Odwołujący podkreślił, że żąda jedynie wglądu próbek, w celu możliwości weryfikacji spełnienia warunków określonych w SIWZ. Nie jest intencją Odwołującego dokonywanie fizycznej ingerencji w próbki, stąd żądanie ich udostępnienia zostało ograniczone do wglądu próbek liczników.

Odwołujący zakwestionował walor dowodowy umowy o zachowaniu poufności z 10 czerwca 2019 r. zawartej pomiędzy UAB Elgama-Elektronika a ADD Polska Sp. z o.o. Sp. k. Podniósł, że umowa jest niekompletna, zatem nie wiadomo, czy strony nie przewidziały wyjątków od zachowania poufności informacji. Umowa ta reguluje m.in. wzajemne obowiązki stron w zakresie zachowania w poufności przekazywanych informacji, jednakże informacje znajdujące się w kwestionowanych dokumentach nie pochodzą od żadnego z konsorcjantów, lecz od jednostek notyfikowanych, których umowa ta nie dotyczy.

Raport na zgodność z normą 62053-23

Odwołujący podniósł, że informacje zawarte w ww. dokumencie nie posiadają takiego waloru, aby zachować je w poufności, a Konsorcjum Esmetric nie wykazało ich istnienia. Wskazał, że raporty badań liczników muszą potwierdzać zgodność z normą EN 62053-23, a Konsorcjum nie powinno było oferować liczników, które nie byłyby z nią zgodne. Wynik badań, czyli stwierdzenie zgodności z przywołaną normą nie stanowi żadnej wartości gospodarczej, lecz stanowi jedynie potwierdzenie, że liczniki są zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Raport badań nie może mieć innego brzmienia i dlatego też nie może zostać utajniony. Nie zawiera informacji, które mogłyby konkurentom zapewnić przewagę konkurencyjną lub przewagę tę stracił by producent licznika. Konsorcjum Esmetric nie wykazało żadnego związku przyczynowo-skutkowego w zakresie ujawnienia informacji na temat testów a jakimkolwiek uzyskaniem przewagi konkurencyjnej.

W zakresie informacji o wyposażeniu laboratorium, jak również zdjęcia oferowanego w niniejszym postępowaniu licznika, Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Esmetric nie wskazało, jaki ma związek informacja o wyposażeniu laboratorium z działalnością członków Konsorcjum, w jaki sposób informacje te mogłyby zostać wykorzystane przez konkurencję i dlaczego mogłyby to spowodować szkodę. Dysponentem tej informacji jest samo laboratorium i nie przedstawiono dowodów, aby ten podmiot sam uważał te informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto samo badanie zgodności z normą wskazuje, jakie wyposażenie byłoby konieczne. Dodatkowo, informacje o jednostkach wykonujących badania w tym zakresie są informacjami o podmiotach komercyjnych, do których mają dostęp wszyscy zainteresowani.

Co do zdjęć liczników, Odwołujący wskazał, że adekwatna pozostaje argumentacja Odwołującego dotycząca próbek liczników.

Odwołujący podniósł również, że nie jest prawdą, iż zastrzeżone dokumenty nie zostały nigdy udostępnione publicznie. Liczniki zaoferowane w niniejszym postępowaniu przez Konsorcjum Esmetric są oferowane w innych krajach europejskich oraz w Azji. Ponadto wiele jednostek notyfikujących wydających certyfikaty zarządzania jakością prowadzi na swoich stronach internetowych jawne rejestry certyfikatów wraz z certyfikatami, jak choćby Slovenska Legalna Metrologia pod adresem: [udostępnia certyfikat zarządzania jakością produkcji modułu H producenta Elgama Elektronika](#). Podobne rejestry prowadzi Czeski Instytut Metrologiczny: <http://typover.cmi.cz/index.pl?switchlang=2> czy Biuro ds. Utrzymywania Bezpieczeństwa i Standardów Produktów (Office for Product Safety and Standards) Zjednoczonego Królestwa ().

Odwołujący powołał się na wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 822/20, w którym Izba uznała niezasadność bardzo podobnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Esmetric.

Zaniechanie częściowego odtajnienia dokumentów

Odwołujący z ostrożności podniósł, że powinny zostać odtajnione te części dokumentów, które nie zawierają informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa Foxytech i Konsorcjum Esmetric. Utajnienie całych dokumentów i próbek wskazanych *petitum* jest – zdaniem Odwołującego – pozbawione podstaw.

IV. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Esmetric, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ

Odwołujący oświadczył, że poniższe zarzuty stawia nie dysponując próbką licznika i pozostałymi dokumentami, które bezpodstawnie zostały zastrzeżone jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Brak nadrukowanego na liczniku roku produkcji licznika

Odwołujący podniósł, że punkt 5 lit. d na stronie 4 z 11 dostępnej Odwołującemu wersji certyfikatu MID SK 19 - 003 HD Rev.O na zaoferowany przez Konsorcjum Esmetric typ licznika G35. 144 przewiduje obowiązek naniesienia na liczniku numeru seryjnego i roku produkcji licznika.

Odwołujący stwierdził, że na próbce licznika GAMA 350 G35 144 prawdopodobnie nie umieszczono roku produkcji, czego wymaga wskazane powyżej postanowienie certyfikatu MID. Nawet, jeśli złożony przez Konsorcjum certyfikat MID to jego kolejna rewizja, to przedmiotowy wymóg zapewne pozostał. Brak realizacji wymagania certyfikatu MID stanowi niezgodność próbki licznika z certyfikatem MID (Zasadniczymi Wymaganiami) dla badanego projektu i tym samym liczników dostarczanych zgodnie z zatwierdzonym projektem.

Odwołujący zaznaczył, że wymóg wyposażenia licznika w oznakowanie dotyczące roku produkcji wynika z rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie wymagań jakim powinny odpowiadać liczniki energii czynnej prądu przemiennego, oraz szczegółowego zakresu sprawdzień wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych (Dz.U. Nr 11, poz. 63). Zgodnie z § 5 ust. 5 wskazanego rozporządzenia wymagane jest umieszczenie na liczniku, w sposób trwały i czytelny roku produkcji licznika. Ponadto *zgodnie z pkt 1.1.2 załącznika nr 1 do umowy* liczniki muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi w Polsce normami i przepisami. *Zgodnie natomiast z ppkt 1.1.3 liczniki* muszą być dopuszczone do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami Dyrektywy MID. *Zgodnie z pkt 1.2*, „Liczniki (wzory oraz liczniki z dostaw) muszą przed

dostarczeniem być poddane ocenie zgodności.

Odwołujący stwierdził, że o ile uzupełnienie certyfikatu MID jest hipotetycznie możliwe, o tyle nie jest możliwe uzupełnienie próbki. Próbka natomiast powinna posiadać umieszczony na niej rok produkcji licznika, co wynika zarówno z certyfikatu MID, jak i przepisów prawa. Odwołujący podkreślił, że sam Zamawiający stawia wymaganie, aby próbka była wyprodukowana w 2020 r. (4.2.1.12 SIWZ). Wobec braku możliwości uzupełnienia próbki (zgodnie z pkt 4.2.1.12 SIWZ) oferta Konsorcjum ESMETRIC podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ w wskazanym powyżej zakresie, na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Brak zabezpieczenia dostępu do SIM Holder (karty SIM) w postaci czujnika

Odwołujący wskazał, że *Zamawiający w pkt 1.72 załącznika nr 1 do umowy postawił wymaganie: Kieszka (SIM HOLDER) na kartę SIM – dostępna tylko po zdemontowaniu osłony skrzynki zaciskowej lub innej osłony zabezpieczonej plombą Zamawiającego oraz czujnikiem otwarcia tej osłony.*

Zdaniem Odwołującego zaoferowany przez Konsorcjum Esmetric licznik GAMA350 G35 144 nie posiada czujnika otwarcia osłony, pod którą znajduje się modem, więc nie spełnia powyższego wymagania. Modem umieszczony jest wewnątrz zabezpieczonej plombowanymi drzwiczkami pełniącymi rolę zewnętrznej osłony modemu. Tak wykonana osłona modemu posiada wyłącznie zabezpieczenie plombą Zamawiającego, a to jest niezgodne z wymogiem pkt. 1.72. O tej niezgodności świadczy zarówno certyfikat MID, jak i próbka licznika. Nawet, jeśli złożony przez Konsorcjum Esmetric certyfikat MID to jego kolejna rewizja, to przedmiotowa kwestia zapewne pozostała niezmienną. Pod plombowaną osłoną modemu dodatkowo znajduje się przycisk do zamykania OR (Okresu Rozliczeniowego) oraz miejsce na wymienną baterię, natomiast nie ma czujnika otwarcia osłony, na co wskazuje Certyfikat MID SK19 -003 HD Rev.O dla zaoferowanego typu licznika G35. 144, zawierający rysunek miejsca instalowania modemu pod przedmiotową osłoną (fig. 5 na str. 8 – licznik GAMA 350 TYP G35 .144). Z rysunku - fig.5 w MID, wynika, że pod odrębną plombowaną osłoną modemu, znajduje się tylko miejsce na baterię wymienną i przycisk do zamykania ręcznego Okresu Rozliczeniowego.

Zabezpieczenia wnętrza licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiem 1.4 Załącznika nr 1 do umowy *liczniki muszą posiadać plomby wykonane z tworzywa sztucznego, na których nałożone są plomby zabezpieczające, w celu zapewnienia prostego i skutecznego plombowania obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, zabezpieczając wnętrza licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej. Przez pojęcie plomba rozumie się element, na którym nałożone są cechy zabezpieczające.*

Zdaniem Odwołującego konstrukcja osłony skrzynki zaciskowej oraz miejsca założenia plomb zabezpieczających w dostarczonym wzorze licznika trójfazowego GAMA 350 G35 144, złożonego z ofertą, posiada osłonę skrzynki zaciskowej, która ze względu na zbyt niskie usytuowanie wkrętów plombowych (w połowie jej wysokości) i nieskuteczne plombowanie pokrywy w postaci drzwiczek zabezpieczających dostęp do modułu komunikacyjnego LTE, umożliwia dostęp do modemu oraz listwy zaciskowej licznika. To powoduje, że:

- może to skutkować świadomym działaniem osób nieuprawnionych, polegającym na próbie pobierania energii elektrycznej z pominięciem licznika,
- nie zabezpiecza wnętrza licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej. Z powodu konstrukcji tego licznika możliwy jest nielegalny pobór energii elektrycznej.

Odwołujący wskazał, że z powodu takiej interpretacji Zamawiający odrzucił jego ofertę. Odwołujący nie zgadza się z tą interpretacją, tym niemniej, z ostrożności, ale także dla uwidocznienia rażąco nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, Odwołujący oparł niniejszy zarzut także na argumentacji z pkt 1. Niezależnie, zarzut oparty jest na argumentacji z pkt 2, licznik Konsorcjum Esmetric jest bowiem w tym względzie wykonany zdecydowanie gorzej niż licznik Odwołującego i wymagania tego nie spełnia.

Zdaniem Odwołującego ingerencja pod pokrywą listwy zaciskowej możliwa jest dzięki zbyt niskiemu usytuowaniu wkrętów plombowych (w połowie jej wysokości) oraz szczelinie pomiędzy pokrywą listwy zaciskowej a otwieranymi drzwiczkami modułu komunikacyjnego LTE. Szczelina umożliwia wsunięcie cienkiego narzędzia pomiędzy pokrywą listwy zaciskowej a drzwiczkę modułu komunikacyjnego i odchylenie pokrywy listwy zaciskowej bez jej uszkodzenia. Odchylona pokrywa listwy zaciskowej umożliwia dostęp do listwy zaciskowej oraz do dolnej części modułu LTE (i jego anteny), który z licznikiem komunikuje się za pomocą złącza. Ingerencji takiej można dokonać w prawidłowo zainstalowanym liczniku na tablicy licznikowej. Dostęp do listwy zaciskowej poprzez odchylenie osłony skrzynki zaciskowej umożliwia próbę pobierania energii elektrycznej z pominięciem licznika przez osoby nieuprawnione. Plombowanie drzwiczek jest nieskuteczne, ponieważ nie zabezpiecza dostępu do modułu LTE od jego dolnej części. Dostęp do modułu jest możliwy bez naruszenia plomby czy uszkodzenia drzwiczek mających zabezpieczać moduł. Dostęp do modułu LTE umożliwia wypięcie go ze złącza pionowego poprzez lekkie odsunięcie co spowoduje utratę komunikacji z systemem odczytowym Zakładu Energetycznego, uszkodzenie złącza anteny oraz dostanie się od dołu do wnętrza modemu np. poprzez nawiercenie otworu.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z oględzin/badania i prezentacji liczników złożonych jako próbki Konsorcjum Esmetric na okoliczność niespełnienia wskazanych powyżej wymagań Zamawiającego.

V.Zaniechanie wezwania Konsorcjum ESMETRIC do wyjaśnień ceny

Powołujący się na treść art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że wartość zamówienia powiększona o należny podatek wynosi 62.614.681,00 zł, zatem Zamawiający winien był zwrócić się o wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny do wykonawców, których zaoferowana cena była niższa od 43.830.277 zł brutto (70% wskazanej wartości). Mimo takiego obowiązku Zamawiający nie zwrócił się do Konsorcjum Esmetric o wyjaśnienie sposobu obliczenia ceny, która wynosiła 35.293.989,00 zł brutto, zatem była niższa o ponad 43% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że rozbieżność cenowa wynika z oczywistych względów (Konsorcjum Esmetric podało jedynie wartość jednostkową oraz łączną wartość netto bez szczegółowego wskazania kalkulacji ceny) i zobligowany był do wezwania konsorcjum do wyjaśnienia w zakresie ceny. Odwołujący zaznaczył, że w protokole i dokumentacji postępowania nie ma informacji i uzasadnienia odstąpienia od wezwania do

złożenia wyjaśnień ceny z tego powodu.

Odwolujący podniósł, że powyższe zaniechanie tym bardziej budzi zdziwienie, że Zamawiający 18 sierpnia 2020 r. wezwał Foxytech do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, z uwagi na przekroczenie 30% różnicy między ceną oferty a wartością zamówienia powiększoną o VAT.

VI. Zaniechanie wezwania Foxytech do uzupełnienia dokumentów

VI.1. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia KRS oraz uzupełnienia lub ewentualnie potwierdzenia aktualności wyciągu z serwisu informacji gospodarczej oraz współpracy przy elektronicznej rejestracji firm ODD Consulting Kft.

Odwolujący podniósł, że Zamawiający dwukrotnie zaniechał wezwania do uzupełniania KRS Foxytech: jako dokumentu potwierdzającego prawo do reprezentacji oraz na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp. Odpis z KRS nie został przedłożony wraz z ofertą, a Zamawiający nie był uprawniony do samodzielnego uzyskania KRS za pomocą bezpłatnej i ogólnodostępnej bazy danych (przepis art. 26 ust. 6 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp). Należy zatem uznać, że Foxytech nie przedłożył dokumentu z którego wynika prawo do reprezentacji ww. podmiotu przez A. G. .

Foxytech nie przedłożył również KRS na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp. Co prawda, zgodnie z przepisem art. 26 ust. 6 ustawy Pzp wykonawca nie jest zobowiązany do przedłożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeśli zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, jednak wyłącznie w sytuacji, w której wykonawca wskaże dostępność ww. dokumentów w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi (§ 10 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z uzasadnienia nowelizacji wprowadzającej ww. przepis wynika, że (...) Jeśli zamawiający będzie mógł uzyskać dany dokument potwierdzający bezpośrednio za pomocą bezpłatnej krajowej bazy danych (np. CEIDG, KRS, ew. KRK), jednolity dokument będzie zawierał adres internetowy takiej bazy danych oraz wszelkie inne dane identyfikacyjne oraz, w stosownych przypadkach niezbędne oświadczenie o wyrażeniu zgody na uzyskanie przez zamawiającego informacji na temat wykonawcy. Wykonawcy nie będą zobowiązani do przedstawiania dokumentów potwierdzających, jeśli zamawiający będzie mógł je uzyskać za pomocą bezpłatnych baz danych.

Odwolujący podniósł, że Foxytech nie tylko nie wskazał ww. adresu, ale również oświadczył w JEDZ, że informacje dotyczące m.in. upadłości, niewypłacalności, postępowania układowego nie mogą być bezpłatnie uzyskane przez instytucje z bazy danych państwa członkowskiego. Również z JEDZ ODD Consulting Kft. wynika, że informacje dotyczące m.in. upadłości, niewypłacalności, postępowania układowego nie mogą być bezpłatnie uzyskane przez instytucje z bazy danych państwa członkowskiego, a na wezwanie skierowane przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Foxytech nie przedłożyła dokumentu na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia podmiotu trzeciego, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie byłby uprawniony do uznania złożonego wraz z ofertą wyciągu z serwisu informacji gospodarczej oraz współpracy przy elektronicznej rejestracji firm ODD Consulting Kft., gdyż Foxytech nie wskazał wbrew wymogom §10 ust. 2 rozporządzenia, że dokument potwierdzający przedmiotowe okoliczności znajduje się w posiadaniu Zamawiającego, nie jest wiadome z jakiego fragmentu ww. dokumentu wynika brak podstawy wykluczenia podmiotu trzeciego, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, a ponadto nie jest wiadome czy przedmiotowy dokument pozostaje nadal aktualny.

Odwolujący stwierdził, że w związku z powyższym Zamawiający naruszył art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp jak również § 10 ust. 1 i 2 rozporządzenia.

VI.2. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp

Odwolujący wskazał, że Foxytech na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia ODD Consulting Kft., o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp przedłożył zaświadczenie o niekaralności dla G. H. (dyrektora, członka zarządu) oraz oświadczenie z 24 sierpnia 2020 r. G. H., że ODD Consulting Kft, nie był karany i nigdy nie wszczęto wobec niego postępowania karnego. Natomiast z wyciągu z *serwisu informacji gospodarczej oraz współpracy przy elektronicznej rejestracji firm* ODD Consulting Kft. wynika, że członkami ODD Consulting Kft, są również: I. K., I. K. I. oraz V. R., zatem Zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia zaświadczenia o niekaralności ww. osób lub ewentualnie wezwać do wyjaśnień jaką funkcję pełnią ww. osoby w ODD Consulting Kft.

Ponadto Odwołujący podniósł, że skoro oświadczenie notarialne z 24 sierpnia 2020 r. zostało złożone wyłącznie w celu udziału w postępowaniu nie jest jasne dlaczego podmiot trzeci nie oświadczył wprost, że nie zachodzą w stosunku do niego okoliczności, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, pomimo wskazania, że podstawą do złożenia oświadczenia są przepisy ustawy Pzp. Zamawiający nie może mieć przecież pewności, że zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego jest na Węgrzech wydawany w postępowaniu karnym, a ponadto sformułowanie „karany” jest zbyt ogólne i nie można mieć pewności, że odnosi się również do ww. zakazu.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do uznania, że Foxytech potwierdził niepodleganie wykluczeniu, o którym mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp przez ODD Consulting Kft.

VI.3 Zaniechanie wezwania Foxytech do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp

Odwolujący wskazał, że Foxytech na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia ODD Consulting Kft., o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp przedłożył zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, w którym jako osoby uprawnione do podpisania ww. dokumentu wskazano A. V. – dyrektor – upoważniony oraz A. K. – urzędnik odpowiedzialny – wydający. Jednocześnie przedmiotowe zaświadczenie zostało podpisane wyłącznie przez A. Ko., czyli osobę uprawnioną do wydania zaświadczenia, a nie upoważnioną do jego wystawienia. Zamawiający winien zatem wezwać Foxytech do uzupełnienia ww. zaświadczenia (przedłożenia dokumentu podpisanego przez osobę uprawnioną).

Ponadto Odwołujący podniósł, że w kraju w którym siedzibę ma ODD Consulting Kft. dokumentem

potwierdzającym opłacanie składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne jest zaświadczenie o niezaleganiu z opłatą składek na ubezpieczenia społeczne wydawane przez Narodowy Urząd Podatków i Ceł lub właściwy urząd skarbowy (). Natomiast Foxytech na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia ODD Consulting Kft., o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp (w zakresie składek na ubezpieczenie) przedłożył wyłącznie oświadczenie z 24 sierpnia 2020 r., że spółka nie zalega ze składkami na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Zatem również w tym przypadku Zamawiający zobowiązany był do wezwania Foxytech do uzupełnienia dokumentów.

VI.4 Zaniechanie wezwania do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego (ODD Consulting Kft.) do udostępnienia potencjału

Odwołujący podniósł, że Foxytech przedłożył zobowiązanie z dnia 15 maja 2020 r. z którego nie wynika zakres i okres udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia. Ze zobowiązania wynika jedynie, że podmiot trzeci dysponuje wiedzą i doświadczeniem w zakresie dostawy, której dotyczy warunek udziału w postępowaniu i zobowiązuje się do oddania wiedzy i doświadczenia do dyspozycji Foxytech w zakresie niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. Ponadto ze zobowiązania wynika, że współpraca będzie polegała na konsultacjach i pomocy merytorycznej. Nie jest zatem wiadome, na jaki okres podmiot trzeci udostępnił swój potencjał, jak również w jaki sposób zamierza poprzez konsultacje i wsparcie merytoryczne przekazać wiedzę i doświadczenie.

Odwołujący podkreślił, że treść zobowiązania jest sprzeczna z treścią JEDZ podmiotu trzeciego, w którym na str. 3 wskazano, że podmiot trzeci udostępnia „zasoby techniczne – referencje dostaw”. Trudno natomiast uznać, że referencje są zasobami technicznymi, zatem nie jest wiadomo, czy podmiot trzeci udostępnia wyłącznie same referencje czy też faktycznie zamierza udzielać konsultacji i wsparcia merytorycznego, a jeśli tak to w jakim zakresie i przez jaki okres. Powyższe jest szczególnie istotne, gdyż warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej spełnia w całości wyłącznie podmiot trzeci.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wie, w jaki sposób (np. w jakich obszarach) i przez jaki okres podmiot trzeci będzie wspierał Foxytech, podczas gdy tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania podmiotu trzeciego, przedstawione przez wykonawcę, umożliwia zamawiającemu podjęcie decyzji uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców: Foxytech Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Esmetric Sp. z o.o. Sp.k., UAB „Elgama Elektronika”.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania:

- nr II (naruszenie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia części załączników do protokołu);
- nr V (zaniechanie wezwania Konsorcjum Esmetric do wyjaśnień ceny);
- nr VI.1 (naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Foxytech do uzupełnienia KRS oraz uzupełnienia lub ewentualnie potwierdzenia aktualności wyciągu z serwisu informacji gospodarczej oraz współpracy przy elektronicznej rejestracji firm ODD Consulting Kft.);
- nr VI.2 (naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Foxytech do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego w odniesieniu do ODD Consulting Kft. brak podstaw wykluczenia, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp lub ewentualnie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia ODD Consulting Kft, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp i wyjaśnienia treści wyciągu z serwisu informacji gospodarczej oraz współpracy przy elektronicznej rejestracji firm ODD Consulting Kft.);
- nr VI.3 (naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Foxytech do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego w odniesieniu do ODD Consulting Kft, brak podstawy wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp).

W odniesieniu do tych zarzutów Odwołujący złożył do protokołu posiedzenia i rozprawy oświadczenie o ich wycofaniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego

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

W ocenie Izby zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego jest zasadny z uwagi na fakt, że Zamawiający nie przeprowadził i nie udokumentował badania próbki w sposób prawidłowy i transparentny, pozwalający uznać konkluzje z tego badania za wiarygodne i niewątpliwe.

Izba ustaliła, że w punkcie 1.4 załącznika nr 1 do umowy (Wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych) Zamawiający określił następujące wymaganie:

Liczniki muszą posiadać plomby wykonane z tworzywa sztucznego, na których są nałożone cechy zabezpieczające, w celu zapewnienia prostego i skutecznego plombowania obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej.

Przez pojęcie plomba rozumie się element, na którym nałożone są cechy zabezpieczające.

W przypadku oferowania licznika w obudowie monolitycznej dopuszcza się zastosowanie plomb hologramowych, gdy takie rozwiązanie przewiduje Certyfikat badania typu/projektu (MID) dla tego licznika. Miejsce nałożenia cech zabezpieczających musi być określone przez producenta w Certyfikacie badania typu/projektu (MID). Nie dopuszcza się dostarczenia liczników bez nałożonych plomb zabezpieczających.

Zamawiający podał, że weryfikacja pod ww. kątem nastąpi na podstawie badania technicznego licznika.

W punkcie 7.3.4 SIWZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienia dotyczące badania próbek (wzorców):

Badania odbywają się bez udziału Wykonawcy. Komisja dopuszcza prawo do żądania obecności przedstawiciela Wykonawcy, posługującego się biegle językiem polskim, do udziału w badaniach dostarczonych próbek lub prezentacji wymaganych funkcjonalności oferowanej Aparatury.

Badanie odbywa się w siedzibie spółki Tauron Dystrybucja Pomiary Sp. z o.o., ul. Kryształowa 1/3, 33-100 Tarnów.

O terminie i miejscu przeprowadzenia badań próbek Zamawiający zawiadomi indywidualnie poszczególnych Wykonawców, z co najmniej 7 dniowym wyprzedzeniem, w formie pisemnej lub e-mailowej.

SIWZ nie zawiera postanowień dotyczących sposobu dokumentowania przebiegu i wyników badań próbek.

Zamawiający dokonał badania próbki licznika OTUS3 w dniu 25 czerwca 2020 r. Odwołujący uczestniczył w tej czynności poprzez połączenie telekonferencyjne.

Zamawiający złożył do akt nośnik z czterema nagraniami wideo, dokumentującymi możliwość odchylenia osłony listwy zaciskowej.

Izba ustaliła, że plik z jednym z nagrań jest oznaczony datą 8 lipca 2020 r. (w nazwie pliku wskazano: OTUS3_badanie techniczne_25062020). Nagranie prezentuje możliwość odchylenia osłony listwy zaciskowej licznika położonego na stole.

Trzy kolejne pliki wideo zostały są oznaczone datą 24 lipca 2020 r. i prezentują możliwość odchylenia osłony listwy zaciskowej licznika zamieszczonego w skrzynce licznikowej.

Zamawiający nie udokumentował całego przebiegu badania próbki ani w formie pisemnego protokołu, ani w żadnej innej formie (w tym nagrania wideo).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, podając następujące uzasadnienie:

Konstrukcja osłony skrzynki zaciskowej oraz miejsca założenia plomb zabezpieczających w dostarczonym wzorze licznika trójfazowego, złożonego z ofertą, posiada osłonę skrzynki zaciskowej, która ze względu na zbyt niskie usytuowanie śrub mocujących osłonę (w połowie jej wysokości) pozwala na odgięcia jej górnej części, umożliwiając dostęp do modemu oraz listwy zaciskowej licznika. Może to skutkować świadomym działaniem osób nieuprawnionych, polegającym na próbie pobierania energii elektrycznej z pominięciem licznika.

Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego należy stwierdzić, że okoliczność, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ musi być przez Zamawiającego wykazana i udokumentowana. W ocenie Izby w świetle dokumentacji postępowania czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie była zasadna, Zamawiający nie wykazał bowiem i nie udokumentował takiego przebiegu badania próbki i jego wyniku, który potwierdzałby bez wątpliwości, że próbka nie spełnia wymagania z punktu 1.4 załącznika nr 1 do umowy.

Przed wszystkim stwierdzić należy, że nie jest właściwą praktyką nieokreślenie w SIWZ zasad dokumentowania badania próbki. Niezależnie jednak od tego Zamawiającego obowiązują wynikające z ustawy: zasada przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), oznaczająca, że wszystkie czynności podejmowane w postępowaniu, a w szczególności te, które wywołują skutki dla wyniku postępowania, powinny być przeprowadzane i dokumentowane w sposób transparentny, umożliwiający zweryfikowanie przebiegu poszczególnych czynności i ich prawidłowości oraz zasada pisemności postępowania (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie udokumentował przebiegu badania próbek i jego wyników.

Po pierwsze nie sposób podzielić prezentowanej przez Zamawiającego interpretacji postanowień punktu 7.3.4 SIWZ. Zamawiający twierdził, że badanie próbki mogło się odbyć bez poinformowania wykonawców o jego miejscu i terminie i bez umożliwienia im obecności przy tej czynności oraz że wezwanie wykonawcy do tej obecności było w gestii członków komisji przetargowej, która mogła uznać, że istnieje taka potrzeba. Należy zauważyć, że zgodnie z ww. postanowieniem SIWZ o terminie i miejscu przeprowadzenia badań próbek Zamawiający zobowiązany był zawiadomić indywidualnie poszczególnych wykonawców, z co najmniej 7 dniowym wyprzedzeniem, w formie pisemnej lub e-mailowej. Ponadto, chociaż w SIWZ zamieszczono informację, że badania odbywają się bez udziału wykonawcy, to jednocześnie podano, że *Komisja dopuszcza prawo do żądania obecności przedstawiciela Wykonawcy (...) do udziału w badaniach dostarczonych próbek lub prezentacji wymaganych funkcjonalności oferowanej Aparatury.* Z postanowienia tego nie wynika więc – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – że komisja ma prawo żądania obecności wykonawcy, ale że dopuszcza prawo do żądania obecności wykonawcy, co należy rozumieć, jako prawo wykonawcy do zgłoszenia takiego żądania komisji. Wykonawca więc powinien być zawiadomiony z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem o miejscu i terminie badania próbki i mógł zgłosić chęć obecności przy tym badaniu.

Zamawiający umożliwił Odwołującemu obecność przy badaniu próbki w dniu 25 czerwca 2020 r., zaniechał jednak – wbrew postanowieniom SIWZ – zawiadomienia o takim badaniu w kolejnym terminie, uniemożliwiając Odwołującemu zgłoszenie zamiaru obecności przy tym badaniu.

Co więcej, Zamawiający nie udokumentował należycie przebiegu badania próbek. Zamawiający nie sporządził z tej czynności żadnego protokołu, nie przedstawił też wraz z dokumentacją postępowania nagrania z pełnym przebiegiem tych czynności. Dopiero podczas rozprawy Zamawiający przedłożył nośnik z czterema nagraniami wideo, obejmującymi jedynie fragment badań dotyczący odginania osłony listwy zaciskowej. Nie sposób więc stwierdzić, w jaki sposób przebiegała całość procesu badania próbki.

Ponadto nie można stwierdzić, że plik, w którego nazwie wskazano datę 25.06.2020 został wytworzony właśnie w

tej dacie. W informacjach o właściwościach pliku widnieje data 8 lipca 2020 r., nie ma natomiast informacji, które potwierdzałyby dokonanie nagrania 25 czerwca 2020 r. Odwołujący, który był obecny przy badaniu próbki 25 czerwca 2020 r. zaprzeczył, aby czynność zarejestrowana na tym nagraniu została dokonana w jego obecności, a wytworzona przez Zamawiającego dokumentacja postępowania nie pozwala w żaden sposób tego zweryfikować. Niezależnie od powyższego przedmiotowe nagranie dokumentuje jedynie odchylenie osłony listwy zaciskowej, nie potwierdza natomiast możliwości podpięcia się tą drogą do licznika i dokonania poboru energii.

W przypadku kolejnych trzech plików wideo, w informacjach o właściwościach pliku widnieje data 24 lipca 2020 r. Okolicznością bezsporną jest, że o badaniach zarejestrowanych w tych plikach Zamawiający nie informował Odwołującego. Należy stwierdzić, że takie działanie Zamawiającego było niezgodne nie tylko z SIWZ, ale i zasadami wynikającymi z ustawy Pzp.

Tym samym w ocenie Izby nie można przyjąć ustaleń potwierdzonych powyższymi nagraniami, w tym dokonanych podczas badania przeprowadzonego bez umożliwienia wykonawcy obecności przy tej czynności, za potwierdzające okoliczność, że wymaganie SIWZ nie zostało spełnione. Za zasadny więc należy uznać zarzut odwołania w zakresie, jakim dotyczył on odrzucenia oferty Odwołującego w wyniku nieprawidłowego badania próbki.

Niezależnie od powyższego, Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, że Zamawiający interpretuje punktu 1.4 załącznika nr 1 do umowy niezgodnie z jego literalnym brzmieniem wynikającym z SIWZ.

W ocenie Izby przekonujące i logiczne jest stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym w punkcie 1.4 załącznika nr 1 do umowy zostały wprost wyszczególnione elementy silnika, które powinny być plombowane (obudowa licznika, osłona skrzynki zaciskowej licznika oraz inne elementy służące do zmiany ustawień licznika) oraz że plombowanie wszystkich tych elementów powinno skutecznie zabezpieczać wnętrze licznika przed nielegalnym poborem energii elektrycznej. W związku z tym słusznie Zamawiający uznaje, że pod pojęciem „wnętrze licznika” w rozumieniu pkt 1.4 załącznika nr 1 do umowy rozumie się wszystkie elementy licznika, które podlegają plombowaniu w miejscu jego zabudowy na instalacji zasilającej klienta, czyli elementy licznika znajdujące się pod osłoną skrzynki zaciskowej oraz inne elementy znajdujące się pod obudową licznika. Skoro Zamawiający wprost odnosi się w SIWZ do plombowania osłony listwy zaciskowej, to nie sposób przyjąć – jak twierdzi Odwołujący – że „wnętrze licznika” nie oznacza elementów znajdujących się pod osłoną listwy zaciskowej.

Następnie Izba stwierdziła, że niezasadne jest stanowisko Odwołującego, jakoby brak było korelacji pomiędzy wymaganiem *zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej* a stwierdzeniem Zamawiającego: *Może to skutkować świadomym działaniem osób nieuprawnionych, polegającym na próbie pobierania energii elektrycznej z pominięciem licznika*. W ocenie Izby oba te stwierdzenia odnoszą się do tej samej okoliczności, a jedynie posługują się innymi sformułowaniami. Jeżeli zgodnie z SIWZ licznik ma być zabezpieczony przez ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii, to możliwość świadomego działania osób nieuprawnionych, polegającego na próbie pobierania energii z pominięciem licznika sprowadza się właśnie do tego, że licznik nie zabezpiecza przed nielegalnym poborem energii.

Podsumowując należy stwierdzić, że ewentualna możliwość odgięcia osłony listwy zaciskowej w stopniu umożliwiającym wsunięcie przewodów i spowodowanie poboru energii może być uznana za niezgodność SIWZ. Niezgodność ta w przypadku oferty Odwołującego nie została jednak wykazana. Szereg uchybień Zamawiającego w zakresie sposobu badania próbki i udokumentowania tej czynności nie pozwala na wniosek o niezgodności oferty z treścią SIWZ, wniosku takiego nie można bowiem oprzeć wyłącznie na fragmentarycznych nagraniach, w tym wykonanych bez wiedzy Odwołującego, który dowiedział się o nich dopiero podczas rozprawy.

W odniesieniu do złożonej przez Odwołującego opinii sporządzonej przez przedstawiciela Politechniki Gdańskiej, stwierdzić należy, że ma ona walor opinii prywatnej i nie może być samodzielną podstawą orzeczenia stwierdzającego zgodność próbki z treścią SIWZ. Wnioski z tej opinii nie mogą zastąpić rzetelnego i udokumentowanego badania próbki przez Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń Zamawiającego przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie, że zaoferowane przez Odwołującego liczniki są niezgodne z rozporządzeniem Ministra Rozwoju w sprawie wymagań dla przyrządów pomiarowych oraz z normą PN-EN50470-1:2008, zauważyć należy, że te okoliczności nie były wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty, zatem nie mogą być skutecznie podnoszone na etapie postępowania odwoławczego.

Zarzuty zaniechania odtajnienia części informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Foxytech oraz przez Konsorcjum Esmetric

Zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Konsorcjum Esmetric w odniesieniu do informacji objętych zarzutami odwołania przedstawiło następujące uzasadnienia objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa:

Certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania jakością zgodnie z modułem H1 wraz z tłumaczeniem:

Treść dokumentu nie została podana do publicznej wiadomości, opisując uprawnienia Producenta UAB Elgama Elektronika w zakresie certyfikacji liczników. Dokument ten nie został udostępniony publicznie, natomiast dostęp do ww. dokumentu ma jedynie wąskie grono pracowników producenta oraz wyznaczone przez Lidera Konsorcjum osoby zaangażowane w przygotowanie dokumentacji pod niniejsze postępowanie, które zostały zobligowane do zachowania poufności poprzez zawarcie stosownych umów o zachowaniu poufności.

Certyfikat badania projektu UE wraz z tłumaczeniem:

Treść Certyfikatu zawiera informacje techniczne odnośnie oferowanego w niniejszym postępowaniu licznika energii elektrycznej i zastosowanych przez producenta rozwiązań. Certyfikat opisuje m.in. rozwiązania techniczne, które szczegółowo wskazują na zastosowane, wdrożone i przetestowane rozwiązania konstrukcyjne np. w zakresie budowy danego elementu fizycznego urządzenia. Zatem są to rozwiązania, które mogą być wykorzystywane w innych postępowaniach na dostawy liczników energii elektrycznej i stanowić wartość dodaną oferty. Modyfikacja licznika energii elektrycznej wymagała zastosowania i wdrożenia w liczniku energii elektrycznej nowych rozwiązań, co może dać Konsorcjum przewagę nad pozostałymi oferentami, którzy znając zastosowane przez Konsorcjum rozwiązania mogliby

wykorzystać je przy kolejnym postępowaniu z tożsamymi lub podobnymi wymaganiami jak niniejszej postępowanie. Uzyskanie wiedzy w zakresie zastosowanych rozwiązań przez pozostałych oferentów może doprowadzić do zaimplementowania tych rozwiązań w ich produktach, czyniąc tym samym przyszłe oferty porównywalnymi. Certyfikat badania projektu UE w pełnej treści nie został udostępniony publicznie, ponieważ wydawany jest on przez powołany do tego organ, który działa ściśle na zlecenie producenta, zatem dostęp do ww. dokumentu ma jedynie wąskie grono pracowników producenta oraz wyznaczone przez Lidera Konsorcjum osoby zaangażowane w przygotowanie dokumentacji pod niniejsze postępowanie, które zostały zobligowane do zachowania poufności poprzez zawarcie stosownych umów o zachowaniu poufności.

Próbka licznika energii elektrycznej z modemem wraz z niezbędnym wyposażeniem:

Próbki zostały dostosowane do specyficznych wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ w niniejszym postępowaniu. Informacje zawarte na tabliczce znamionowej próbki, a zatem na obudowie licznika mogą dać informacje innym potencjalnym wykonawcom na temat parametrów licznika. Podkreślenie wymaga fakt, że tabliczka znamionowa i obudowa licznika energii elektrycznej stanowią integralną całość i zawierają informacje na temat nie tylko parametrów technicznych, wymaganych przez prawo i zapisy specyfikacji, ale również, co istotne na temat rozwiązania konstrukcyjnego zastosowanego w obudowie licznika np. dedykowane złącze do modułu komunikacyjnego, które stanowi o przewadze nad innymi rozwiązaniami dostępnymi na rynku polskim. Dostęp do ww. próbki z modemem oraz oprogramowania ma jedynie wąskie grono pracowników producenta oraz wyznaczone przez Lidera Konsorcjum osoby zaangażowane w przygotowanie oferty pod niniejsze postępowanie, które zostały zobligowane do zachowania poufności poprzez zawarcie stosownych umów o zachowaniu poufności. Ww. próbki oraz oprogramowanie zostały przygotowane specjalnie pod niniejsze postępowanie i nie były podane nigdy do publicznej wiadomości.

Raport na zgodność z normą 62053-23:

Raport zawiera szczegółowe informacje dot. przeprowadzonych testów na zgodność z normą 62053-23, które wykonane są w dedykowanym, akredytowanym laboratorium. Raport zawiera szczegółowe informacje o wyposażeniu laboratorium, jak również zdjęcia oferowanego w niniejszym postępowaniu licznika. Wyniki testów znane są wąskiemu gronu pracowników Konsorcjum. Dostęp do ww. dokumentu ma jedynie wąskie grono pracowników producenta oraz wyznaczone przez Lidera Konsorcjum osoby zaangażowane w przygotowanie dokumentacji pod niniejsze postępowanie, które zostały zobligowane do zachowania poufności poprzez zawarcie stosownych umów o zachowaniu poufności.

W części ogólnej uzasadnienia Przystępujący przywołał treść przepisów prawa (ustawy Pzp oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przytoczył fragmentu uzasadnień wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz przedstawił ogólnikowe deklaracje co do spełniania poszczególnych przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Foxytech przedstawił w piśmie z 20 maja 2020 r. następujące zbiorcze uzasadnienie zastrzeżenia informacji załączonych do oferty (m.in. wzorzec licznika S34U18 S09.Y1.J0 nr 20040002, wzorzec modułu ME19-LT14 4 G nr 20040002, antena zewnętrzna pionowa 6dBi):

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ustęp 3 wskazanego przepisu precyzuje jednak, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzeżę, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca biorąc udział w niniejszym postępowaniu ujawnia informacje na temat produkowanego przez siebie sprzętu, dostosowanego do określonych przez Zamawiającego warunków, tym samym ujawnione zostają nie tylko informacje techniczne i technologiczne Wykonawcy, ale również know-how, gdyż Wykonawca stosuje unikatowe, wypracowane przez siebie, ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów rozwiązania, które po ich ujawnieniu mogłyby zostać wykorzystane przez konkurencję. (...) Wszystkie wymienione powyżej dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konfiguracja licznika, modemu i oprogramowań jest unikatowa i została dostosowana do wymogów SIWZ dla tego postępowania. Zawiera zupełnie nowatorskie rozwiązania, nigdzie do tej pory nie oferowane na rynku polskim i na rynkach światowych. Również sama technologia wytwarzania oraz zastosowanie nowatorskich komponentów przy produkcji licznika są obecnie nieosiągalne dla innych producentów. Wiedza na temat samego sprzętu i oprogramowania stanowi know-how Wykonawcy. Ujawnienie tych informacji zawartych w ofercie pozwoli poznać innym uczestnikom rynku oferowane przez Wykonawcę rozwiązania techniczne powodując szkodę Wykonawcy, a co za tym idzie, doprowadzi do uzyskania przez konkurentów przewagi rynkowej. Zgodnie z art. 11 ust. 2 wskazanej ustawy 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. Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę spełniają wszystkie kryteria określone we wskazanym przepisie, gdyż są informacjami posiadającymi wartość gospodarczą, przedstawiają bowiem szczegóły techniczne produktów oferowanych przez Wykonawcę, które mogłyby zostać wykorzystane w produkcji również przez inne podmioty, a praca nad nimi wiąże się z poniesieniem określonych nakładów finansowych oraz zaangażowaniem i współpracą z wieloma podmiotami. Co więcej informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a dodatkowo Wykonawca podejmuje określone środki ochrony, by wiedza na temat stosowanych rozwiązań nie została ujawniona osobom nieuprawnionym. Zarówno wobec pracowników, jak i podmiotów zewnętrznych stosuje odpowiednie klauzule lub umowy o zachowaniu poufności, a wykorzystanie danej informacji przez osobę trzecią możliwe jest tylko w ściśle określonym umownie celu. Biorąc powyższe pod uwagę, objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wskazanych powyżej informacji jest w pełni uzasadnione, a ich zastrzeżenie nastąpiło we właściwej formie oraz w określonym przepisami prawa czasie. Ujawnienie tych informacji mogłoby naruszyć zasady konkurencji na rynku oraz doprowadzić do ich nieuprawnionego wykorzystania przez podmioty nie biorące udziału w niniejszym postępowaniu. Wykonawca podjął odpowiednie środki w celu ochrony stworzonych przez siebie rozwiązań, tym bardziej więc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno prowadzić do ich ujawnienia.

Następnie, w piśmie z 15 czerwca 2020 r. wykonawca Foxytech przedstawił w piśmie uzasadnienie zastrzeżenia informacji przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (m.in. certyfikat - MID-B Certificate

1565-18 - V5 wraz z tłumaczeniem, raport z badań - Test Report 1203-20 - V2 wraz z tłumaczeniem, certyfikat badania typu modułu 4G - 15. 4G module CE Certificate), które jest w większości tożsame z uzasadnieniem przedstawionym 20 maja 2020 r., a różni się jedynie następującym fragmentem:

Zawarte w certyfikatach MID i w raportach z badań, stanowiących załączniki do tych certyfikatów, rozwiązania techniczne zostały dostosowane do wymogów SIWZ dla tego postępowania. Zawierają one zupełnie nowe rozwiązania, nigdzie do tej pory nie oferowane na rynku polskim. Umieszczone w nich opisy oraz fotografie pokazują samą technologię wytwarzania oraz zastosowane w liczniku nowatorskie komponenty użyte przy jego produkcji, które są obecnie nieosiągalne dla innych producentów. Również scenariusz testowy, stworzony specjalnie dla celów ww. postępowania zawiera liczne informacje o nowych rozwiązaniach i funkcjonalnościach, do których nie powinni mieć dostępu pozostali uczestnicy postępowania.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 ustawy, 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, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Zauważyć należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W przypadku dokumentów składanych po tym terminie, należy przyjąć, że wykazanie to musi nastąpić równocześnie z ich złożeniem.

Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązani byli wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacje 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,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie.

W ocenie Izby obaj Przystępujący nie sprostali ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych

informacji. Lektura przedstawionych przez nich uzasadnień zastrzeżenia prowadzi do wniosku, że obejmowały one ogólnikowe, gołosłowne i pozbawione szerszego wywodu merytorycznego deklaracje.

Odnosząc się do uzasadnienia przedstawionego przez Konsorcjum Esmetric Izba zważyła, co następuje:

W odniesieniu do certyfikatu zatwierdzenia systemu zarządzania jakością zgodnie z modułem H1 wraz z tłumaczeniem Przystępujący ograniczył się do wskazania, że dokument nie został podany do wiadomości publicznej oraz że dostęp do niego ma wąskie grono osób zobowiązanych do zachowania poufności. Należy więc stwierdzić, że uzasadnienie dotyczące tego dokumentu ograniczyło się do deklaracji o braku powszechnego dostępu do tego dokumentu. W odniesieniu do podjęcia działań zmierzających do zachowania poufności Przystępujący załączył do uzasadnienia dokumenty w postaci umowy konsorcjantów o zachowaniu w poufności informacji związanych z umową konsorcjum, regulamin pracy spółki Esmetric oraz wzór oświadczenia pracownika o zobowiązaniu się do zachowania poufności informacji. Nawet gdyby przyjąć, że powyższe wykazuje podjęcie działań zmierzających do zachowania poufności informacji, to i tak nie sposób stwierdzić, że wykonawca wykazał zasadność zastrzeżenia certyfikatu. Zauważyć bowiem należy, że Przystępujący całkowicie pominął inne określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki uznania informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący w najmniejszym stopniu nie odniósł się do kwestii technicznego, technologicznego lub organizacyjnego informacji i nie podjął nawet próby wykazania ich wartości gospodarczej.

W odniesieniu do certyfikat badania projektu UE wraz z tłumaczeniem Przystępujący wskazał co prawda na techniczny charakter informacji, powołał się jednak na opisy bliżej nieokreślonych rozwiązań technicznych, nie wiadomo więc, które to konkretnie rozwiązania i dlaczego stanowią wartość gospodarczą (wykonawca wskazał jedynie przykład takiego rozwiązania, bez szerszych informacji na temat jego wartości gospodarczej). Argument, że te nieskonkretyzowane rozwiązania mogą być wykorzystane w innych postępowaniach sam w sobie o takiej wartości gospodarczej nie może przesądzać, przyjmując że jest odwrotnie należałoby dojść do nieakceptowalnego wniosku, że większość informacji przedstawianych w postępowaniach o udzielenie zamówienia mogłoby pozostawać niejawnie. Nie wiadomo też, na jaką modyfikację licznika (o jakim znaczeniu technologicznym) Przystępujący się powołuje, trudno więc zweryfikować tezę o możliwości jej wykorzystania przez konkurencyjnych wykonawców. W pozostałym zakresie uzasadnienie odnosi się wyłącznie do braku powszechnego dostępu do tych informacji oraz do podjęcia działań w celu ich zachowania w poufności.

W zakresie próbki licznika energii elektrycznej z modemem wraz z niezbędnym wyposażeniem Przystępujący wskazał na dostosowanie ich do specyficznych wymagań tego konkretnego postępowania, nie wiadomo więc, na czym polega ewentualna wartość gospodarcza tak dostosowanych próbek poza tym postępowaniem. Okoliczność, że informacje zawarte na tabliczce znamionowej próbki, mogą dać informację innym potencjalnym wykonawcom na temat parametrów licznika trudno uznać za argument uzasadniający utajnienie tych informacji – istotą jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest m.in. zagwarantowanie wykonawcom możliwości weryfikacji i ewentualnego kwestionowania rozwiązań oferowanych przez konkurencyjnych wykonawców. Ponadto za zbyt ogólne należy uznać twierdzenie, że tabliczka znamionowa i obudowa licznika energii elektrycznej zawierają informacje na temat nie tylko parametrów technicznych, wymaganych przez prawo i SIWZ, ale również na temat rozwiązania konstrukcyjnego zastosowanego w obudowie licznika. Przystępujący ograniczył się do wskazania przykładu takiego rozwiązania, gołosłownie i ogólnie deklarując, że stanowi *ono o przewadze nad innymi rozwiązaniami dostępnymi na rynku polskim*. W pozostałym zakresie uzasadnienie odnosi się wyłącznie do braku powszechnego dostępu do tych informacji oraz do podjęcia działań w celu ich zachowania w poufności.

W odniesieniu do raportu na zgodność z normą 62053-23 Przystępujący ograniczył się do wskazania takich okoliczności, jak to, że raport zawiera szczegółowe informacje o testach wykonanych w dedykowanym, akredytowanym laboratorium, przy czym nie wiadomo w jaki sposób miałyby to wykazywać wartość gospodarczą raportu oraz że zawiera szczegółowe informacje o wyposażeniu laboratorium oraz zdjęcia licznika. Okoliczności tych nie sposób uznać za potwierdzające wartość gospodarczą raportu. W pozostałym zakresie uzasadnienie odnosi się wyłącznie do braku powszechnego dostępu do tych informacji oraz do podjęcia działań w celu ich zachowania w poufności.

Odnosząc się do części ogólnej uzasadnienia stwierdzić należy, że nie wnosi ono niczego dla oceny zasadności zastrzeżenia, przywoływanie treści przepisów prawa i orzeczeń Izby oraz ogólnikowych deklaracji wykonawcy w żadnej mierze nie wpływa na merytoryczną jakość uzasadnienia.

W odniesieniu do obu przedstawionych przez Przystępującego Foxytech uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (pismo z 20 maja 2020 r. i z 15 czerwca 2020 r.) należy stwierdzić, że jest ono jeszcze bardziej ogólnikowe i w żadnej mierze nie może być uznane za wykazujące zasadność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Obok przytoczenia treści przepisów prawa uzasadnienia zawiera zbiór gołosłownych i nieskonkretyzowanych deklaracji o informacjach na temat know-how wykonawcy i stosowaniu unikatowych rozwiązań, które mogłyby być wykorzystane przez konkurencję. Tego typu stwierdzenia nie niosą ze sobą żadnej konkretnej treści, nie wiadomo bowiem, na czym ma polegać unikalny charakter rozwiązań, stanowiący o przewadze konkurencyjne.

Przystępujący nie tylko nie udowodnił wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ale też nie wykazał podjęcia działań zmierzających do zachowania ich poufności. Również w tym aspekcie uzasadnienie jest ogólnikowe i zawiera niepoparte żadnymi dowodami deklaracje o podjęciu takich środków. Wykonawca przedstawiający twierdzenia o stosowaniu odpowiednich klauzul i umów o zachowaniu poufności informacji nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu.

Na koniec należy stwierdzić, że powyższej oceny nie może zmienić argumentacja przedstawiona w pismach procesowych obu Przystępujących, pełne uzasadnienie zastrzeżenia informacji powinno bowiem zostać przedstawione Zamawiającemu wraz z przedłożeniem tych informacji, w związku z czym argumenty przedstawione dopiero w toku postępowania odwoławczego nie mogą mieć wpływu na ocenę zasadności zarzutu.

Zaniechanie wezwania Foxytech do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego (ODD Consulting Kft.) do udostępnienia potencjału

Zarzut jest niezasadny.

Izba ustaliła, że Przystępujący wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu powołał się na zasoby

podmiotu trzeciego – ODD Consulting Kft. z siedzibą Budapeszcie.

Przystępujący, na wezwanie z art. 26 ust. 1 przedstawił wykaz dostaw, w którym ujęto dostawę zrealizowaną przez ww. podmiot oraz wystawione na jego rzecz referencje dotyczące tej dostawy.

Przystępujący przedstawił również oświadczenie ODD Consulting Kft., w którym wskazano nazwę Zamawiającego i nazwę postępowania oraz stwierdzono, że ww. spółka dysponuje wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia, w zakresie określonym w pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu. Wskazano, że wiedza i doświadczenie zostały zdobyte w ramach kontraktu pn. Dostawa 20928 szt. bezpośrednich, statycznych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE do E.ON Gazdaság Szolgálató Kft. oraz że spółka ODD Consulting zobowiązuje się do oddania tak opisanej wiedzy i doświadczenia do dyspozycji Foxytech Sp. z o.o.

W oświadczeniu wskazano, że *współpraca ta będzie oparta na udzielaniu przez Podmiot udostępniający potencjału konsultacji Wykonawcy i udzielaniu mu wszelkiej niezbędnej pomocy merytorycznej przy wykonaniu zamówienia pn.: „Dostawa statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej wbudowanym modemem LTE”, Zamawiający: TAURON Dystrybucja S.A., oznaczenie postępowania 2019/TDCN/TD-CN/03894/S w zakresie niezbędnym do należytego wykonania tego zamówienia. Jednocześnie w imieniu Podmiotu udostępniającego potencjał, tj. Spółki ODD Consulting Kft., udzielam Spółce FOXYTECH Sp. z o.o. upoważnienia do potwierdzania za zgodność oryginałem dokumentów odnoszących się do Spółki ODD Consulting Kft. a składanych Zamawiającemu w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...).*

Zgodnie z art. 22a ustawy Pzp:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Stosownie do § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zdaniem Odwołującego z przedłożonego przez Foxytech zobowiązania spółki ODD Consulting Kft. nie wynika zakres i okres udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia oraz że nie jest wiadome, na jaki okres podmiot trzeci udostępnił swój potencjał, jak również w jaki sposób zamierza poprzez konsultacje i wsparcie merytoryczne przekazać wiedzę i doświadczenie.

W ocenie Izby powyższe twierdzenia Odwołującego nie mają oparcia w treści zobowiązania. Po pierwsze zobowiązanie określa zakres udostępnianych zasobów – wiedza i doświadczenie (zdolności techniczne i zawodowe) zdobyte przez ODD w związku z realizacją wskazanego w treści dokumentu zamówienia. Po drugie z treści zobowiązania wynika, że wiedza i doświadczenie będą przekazywane *przy wykonaniu zamówienia pn.: „Dostawa statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej wbudowanym modemem LTE”*, co oznacza, że potencjał został udostępniony na okres realizacji tego właśnie zamówienia. Po trzecie – jako sposób wykorzystania zasobów wskazano współpracę ODD Przystępującym, opartą na udzielaniu konsultacji i niezbędnej pomocy merytorycznej przy wykonywaniu zamówienia objętego Postępowaniem, a Odwołujący nie wykazał, aby sposób ten nie był wystarczający.

W związku z uwzględnieniem zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Esmetric jako tajemnica przedsiębiorstwa Izba odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z SIWZ. W odniesieniu do tych zarzutów Odwołujący oświadczył na posiedzeniu Izby, że mają one charakter ewentualny i wniósł o ich rozpoznanie tylko w przypadku, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do kosztów postępowania wskazać należy, że zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyfikacyjny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12

grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: *Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący (...) i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie. Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy § 5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania. W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego (...). Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.*

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w 3/4 z uwagi na liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne i za niezasadne. Kosztami postępowania po obciążono zatem Zamawiającego w części 3/4 i Odwołującego w części 1/4. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł (łącznie 22.200,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 5.550,00 zł (22.200,00 zł x 25%). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.050,00 zł (18.600,00 – 5.550,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący:.....