

Sygn. akt KIO 841/23

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Członkowie: Irmína Pawlik

Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez odwołującego – Kaifa Technology Netherlands B. V. z siedzibą w Amsterdamie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział Lublin,

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. Konsorcjum: ESMETRIC GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i UAB „Elgama-Elektronika” z siedzibą w Wilnie

B. APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – Kaifa Technology Netherlands B. V. z siedzibą w Amsterdamie i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – Kaifa Technology Netherlands B. V. z siedzibą w Amsterdamie tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od odwołującego – Kaifa Technology Netherlands B. V. z siedzibą w Amsterdamie na rzecz zamawiającego – PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział Lublin kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 841/23

Uzasadnienie

PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział Lublin, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej jako „ustawa PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę Liczników Zdalnego Odczytu 1 i 3-fazowych dla odbiorców końcowych przyłączonych do sieci niskiego napięcia w podziale na 3 Części”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 maja 2022 r., pod numerem 2022/S 101-281130.

W dniu 27 marca 2023 r. (data wpływu odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Kaifa Technology Netherlands B. V. z siedzibą w Amsterdamie, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą KAIFA”, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP: 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na uznanie, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP pomimo, iż

Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd oraz dochował należytej staranności przy weryfikacji przedstawianych Zamawiającemu informacji (zarzut nr 1),

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, iż wykonawca ten złożył wymagane w postępowaniu przedmiotowe środki dowodowe, ewentualnie art. 107 ust. 4 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego przedmiotowych środków dowodowych (zarzut nr 2),

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: ESMETRIC GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i UAB „Elgama-Elektronika” z siedzibą w Wilnie, zwanych dalej jako „Konsorcjum” mimo, iż wykonawcy ci nie złożyli wymaganych przedmiotowych środków dowodowych (zarzut nr 3),

4) art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie ujawnienia całości dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa: całości wyjaśnień z dnia 17 stycznia 2023 r. pomimo, że Konsorcjum nie wykazało zasadności zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 4).

W związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadania nr 1: a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia Odwołującego z postępowania,

c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego lub ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych,

d) udostępnienie całości wyjaśnień Konsorcjum dotyczących przedmiotowych środków dowodowych z dnia 17 stycznia 2023 r.,

e) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum.

Uzasadniając zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie deklaracji zgodności UE zgodnie z dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II) dla modemów komunikacyjnych oraz zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień (zarzut nr 2 odwołania) Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy zarzucił mu brak złożenia deklaracji zgodności dla modemów CL101 wyprodukowanych w Polsce przez firmę PYSENSE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (dalej jako „firma PYSENSE”), w które wyposażone zostały liczniki złożone jako próbki. Odwołujący podał, że złożona razem z ofertą deklaracja zgodności w sposób wyraźny i jednoznaczny obejmuje licznik energii elektrycznej z modemem komunikacyjnym CL 101 2G/4G i zawiera deklarację zgodności z wymaganymi w pkt 5.1.7 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) dyrektywami 2014/53/EU (RED) oraz 2011/65/EU (RoHS II). Deklaracja złożona wraz z ofertą, wbrew nieuprawnionej konkluzji Zamawiającego, jest właściwym dokumentem potwierdzającym zgodność oferowanych urządzeń z warunkami zamówienia, zarówno pod kątem wymagań pkt 5.1.7 SWZ, jak i przepisów prawa w zakresie ww. deklaracji zgodności UE. Jednocześnie,

deklaracja ta jest właściwa dla modemu złożonego przez Odwołującego wraz z próbką licznika. Modem komunikacyjny, w który wyposażony jest licznik posiada to samo oznaczenie, co modem komunikacyjny wskazany w deklaracji zgodności, gdyż jest to ten sam typ modemu komunikacyjnego, jak ten dla którego wystawiono deklarację zgodności, a tym samym deklaracja zgodności złożona wraz z ofertą jest zgodna ze złożoną próbką licznika.

Odwołujący dodał, że modem CL101 2G/4G stanowi wymienny modem komunikacyjny, zaprojektowany i dedykowany dla liczników zaoferowanych w ramach przedmiotowego postępowania. Urządzenie to stanowi akcesorium dla liczników energii elektrycznej i nie podlega wykorzystaniu samodzielnie, poza wykorzystaniem jako modem komunikacyjny licznika energii elektrycznej. Wobec tego właściwe jest przeprowadzanie badań technicznych jego właściwości wyłącznie w ramach licznika, w którym jest wykorzystywany. W związku z tym, oraz faktem, iż w ramach oferowanego rozwiązania, modem komunikacyjny nie stanowi urządzenia zewnętrznego w stosunku do licznika, również deklaracja zgodności UE wystawiana jest łącznie dla licznika wraz z jego komponentami, tj. obejmuje (zgodnie z treścią złożonego wraz z ofertą dokumentu) licznik wraz z modemem komunikacyjnym. Tak złożona deklaracja zgodności jest zgodna z przepisami prawa, w szczególności wymaganych dyrektyw 2014/53/EU (RED) oraz 2011/65/EU (RoHS II). Jednocześnie zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, iż nie spełnia ona wymagania pkt 5.1.7 SWZ, skoro zawiera wymagane potwierdzenie zgodności w formie deklaracji zgodności UE wystawionej przez producenta licznika. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, iż modem komunikacyjny oznaczony jest znakiem firmowym PYSENSE. Gdyby Zamawiający, działając z zachowaniem przepisów ustawy i poszanowaniem zasad prowadzenia postępowania, zwrócił się do Odwołującego o udzielenie stosownych wyjaśnień, nie miałby wątpliwości, że modem CL101 złożony wraz z próbką oraz ujęty w deklaracji zgodności UE jest tym samym urządzeniem. Firma PYSENSE jest producentem modemu komunikacyjnego stanowiącego moduł dedykowany dla liczników zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego. Fakt, iż jeden z komponentów urządzenia produkowany jest przez innego producenta nie wpływa ani na fakt, iż firma Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co. Ltd. jest producentem całego urządzenia (licznika) uprawnionym do wystawienia deklaracji zgodności dla urządzenia wraz z wmontowanym w nim modemem. Jest to poprawna i właściwa ścieżka weryfikacji i deklarowania zgodności ze wskazanymi dyrektywami UE.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że firma PYSENSE produkuje modemy komunikacyjne CL101 na zlecenie i na licencji oraz na podstawie dokumentacji technicznej modemów

udostępnionej przez producenta liczników, jednakże uprawniona jest ona do oznaczania ich własnym znakiem firmowym i korzystania z nazwy producenta. Nie zmienia to faktu, iż modemy dedykowane są dla liczników produkcji KAIFA i produkowane zgodnie z wytycznymi otrzymanymi od KAIFA, natomiast KAIFA jako producent całego urządzenia jest podmiotem zobowiązanym do wystawienia deklaracji zgodności zgodnie z dyrektywami 2014/53/EU (RED) oraz 2011/65/EU (RoHS II) obejmującą licznik wraz z modemem komunikacyjnym. Zatem według Odwołującego twierdzenie Zamawiającego o nie dołączeniu przez Odwołującego do oferty wymaganego przedmiotowego środka dowodowego w postaci deklaracji zgodności dla modemów CL101 wyprodukowanych w Polsce przez firmę PYSENSE jest nieuprawnione, ponieważ brak było obowiązku wystawiania przez firmę PYSENSE takich deklaracji wyłącznie na modem komunikacyjny. Odwołujący wskazał, że zgodnym z prawem wspólnotowym potwierdzeniem zgodności modemu komunikacyjnego z wymaganiami dyrektyw RED i RoHS II jest deklaracja zgodności wystawiana przez producenta licznika, która obejmuje – zgodnie z wymaganiami pkt 5.1.7 SWZ – zarówno licznik, jak i modem komunikacyjny, tj. całe urządzenie elektroniczne i radiowe podlegające badaniu i potwierdzeniu zgodności. Odwołujący zauważył też, że Zamawiający nie zarzucił mu wcale braku zgodności z wymaganiami przedmiotowych dyrektyw, a wyłącznie – brak przedłożenia dokumentu, który w jego ocenie powinien być złożony przez Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający w sposób nieuzasadniony wyciąga wnioski o tym, iż modemy komunikacyjne złożone wraz z próbkami liczników są innymi niż modemy wskazane w deklaracji zgodności złożonej wraz z ofertą. Niezrozumiałe jest dla niego też wywodzenie przez Zamawiającego, iż fakt że liczniki produkowane są w Chinach, wyklucza możliwość produkcji jego komponentów przez inny podmiot i w innej lokalizacji. Produkcja modemów komunikacyjnych przez firmę PYSENSE nie stoi na przeszkodzie ich montażu w licznikach produkowanych przez wykonawcę KAIFA, który jako producent całości rozwiązania bierze odpowiedzialność za proces techniczny, właściwości urządzenia oraz posiada obowiązek wystawienia dla niego deklaracji zgodności, która w sposób wyraźny wskazuje na objęcie nią także modemów komunikacyjnych, które stanowią moduły zaprojektowane i przeznaczone specjalnie do wykorzystania w tej roli w ramach liczników MA110M i MA309M. Zdaniem Odwołującego wątpliwości Zamawiającego zostałyby rozwiązane, gdyby zastosował on przewidziany w ustawie PZP tryb wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie złożonych przedmiotowych środków dowodowych. W przypadku dostrzeżenia wskazanej, pozornej rozbieżności, takie wezwanie stanowiło nie tylko uprawnienie, ale wręcz obowiązek Zamawiającego, który przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty zobowiązany był do wyjaśnienia, czy niezgodność faktycznie zaistniała. Odwołujący podkreślił, że uprawnienie do

żądania wyjaśnień w zakresie zaoferowanego rozwiązania przeradza się w obowiązek w sytuacji, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Ta sama zasada odnosi się do sytuacji, gdy powyższe treści zawarte są w składanych z ofertą przedmiotowych środkach dowodowych. Odwołujący podsumował uzasadnienie zarzutu nr 2 odwołania, że Zamawiający z naruszeniem przepisów i zasad postępowania samodzielnie dokonał nieprawidłowej interpretacji złożonych przez Odwołującego przedmiotowych środków dowodowych – zarówno w odniesieniu do stanu faktycznego, jak i prawnego – i w związku z tym można mu zarzucić nie tylko nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na brak przedmiotowego środka dowodowego, ale także zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień złożonych dokumentów w trybie art. 107 ust. 4 ustawy PZP.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie deklaracji zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (według modułów B+D lub B+F lub H1) oraz zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień (zarzut nr 2 odwołania) Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarzucił mu niezłączenie do składanej oferty Certyfikatu D wystawianego w ramach przeprowadzanej procedury oceny zgodności MID. Jednocześnie Odwołujący zauważył, że wątpliwości Zamawiającego nie budziło to, że taki certyfikat został wystawiony dla producenta oferowanych liczników, gdzie potwierdzenie posiadania wymaganej certyfikacji zawarte jest zarówno w Deklaracji zgodności UE, jak i wynika ze złożonej próbki liczników. Odwołujący dodał, że bezspornym jest, że certyfikat oceny zgodności typu urządzeń został złożony przez Odwołującego wraz z ofertą. Przy tym Zamawiający nie wymagał złożenia pełnej dokumentacji technicznej przeprowadzenia procedur zgodnych z modułami B+D. Wskazał tylko, że zgodnie z tym, co wynika z przepisów dyrektywy MID, deklaracja zgodności powinna wskazywać wybraną przez producenta procedurę oceny zgodności. W ocenie Odwołującego wskazywany przez Zamawiającego „Certyfikat D” nie stanowił zatem dokumentu wymaganego zgodnie z warunkami zamówienia, jak również jego przedstawienie nie mogło służyć wykazaniu żadnych okoliczności innych niż wynikające z pozostałych złożonych przedmiotowych środków dowodowych, w szczególności próbki urządzenia oraz deklaracji zgodności, a tym samym odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na brak tego dokumentu jest niezasadne i nieproporcjonalne.

Niezależnie od tego Odwołujący podniósł, że certyfikat D stanowi dokument, który Zamawiający mógł uzyskać samodzielnie, korzystając za pomocą bezpłatnej i ogólnodostępnej

bazy danych, tj. bazy certyfikatów udostępnianej przez Ministra Spraw Gospodarczych i Polityki Klimatycznej Holandii. Dla wyszukania certyfikatu i pobrania treści dokumentu wystarczająca jest znajomość numeru certyfikatu, który został podany przez Odwołującego w złożonej ofercie, zatem Zamawiający na podstawie informacji zawartych w ofercie i próbce mógł zweryfikować posiadanie kwestionowanego certyfikatu i jego treść. Poza tym Zamawiający mógł uzyskać stosowne wyjaśnienia w tym zakresie wzywając Odwołującego w trybie art. 107 ust. 4 ustawy PZP do udzielenia wyjaśnień w zakresie złożonych przedmiotowych środków dowodowych tak, jak uczynił to w odniesieniu do ofert konkurencyjnych. Zaniechanie przez Zamawiającego takiego wezwania oraz odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na brak przedmiotowego dokumentu stanowi naruszenie przepisów i zasad ustawy PZP, zwłaszcza w świetle tego, że Zamawiający kierował na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy PZP do Konsorcjum wezwanie z dnia 11 stycznia 2023 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych. Zaniechanie tej czynności względem Odwołującego stanowi zatem rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Następnie Odwołujący przeszedł do uzasadnienia zarzutu nr 1 odwołania odnoszącego się do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP stwierdzając, że rzekoma niezgodność i niewłaściwa samodzielna interpretacja przez Zamawiającego złożonych przez Odwołującego dokumentów stanowiła, zgodnie z informacją z dnia 17 marca 2023 r., podstawę do zastosowania wobec Odwołującego przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Zdaniem Odwołującego taki zarzut Zamawiającego jest całkowicie bezpodstawny, ponieważ żadna z podanych przez Odwołującego informacji nie była informacjami wprowadzającymi Zamawiającego w błąd lub niezgodnymi ze stanem faktycznym. Według Odwołującego sam Zamawiający nie podaje, która z informacji faktycznie zawartych w dokumentach złożonych przez Odwołującego (a nie jedynie okoliczności stanowiące wynik nieuprawnionych przypuszczeń Zamawiającego) stanowiła informację nieprawdziwą lub taką, która mogłaby wprowadzać Zamawiającego w błąd. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do wynikającego ze złożonych dokumentów stanu faktycznego, to analizując podstawy faktyczne czynności odrzucenia oferty w pierwszej kolejności zobowiązany był do wezwania wykonawcy w trybie art. 107 ust. 4 ustawy PZP do udzielenia wyjaśnień. Jego zdaniem błędne były wyłącznie przypuszczenia Zamawiającego zmierzające do negatywnej oceny oferty Odwołującego, a nie złożone przez tego wykonawcę dokumenty.

Odwołujący uważa, że Zamawiający dokonał nieuprawnionego i niezgodnego z rzeczywistością procesu wnioskowania, że z faktu iż deklaracja zgodności wskazuje na miejsce produkcji liczników wyposażonych w moduły komunikacyjne, oznacza to, że każdy z elementów i modułów licznika również podlega produkcji w tym samym miejscu. Wynika to z pkt 2 akapitu czwartego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, gdzie Zamawiający odwołując się do deklaracji zgodności wystawionej dla liczników, zastępuje precyzyjne określenie zawarte w deklaracji zgodności, pojęciem „asortyment” i podążając za tym pojęciem stwierdza występowanie niezgodności w ofercie Odwołującego. Według Odwołującego nie występuje żadna sprzeczność i nieprawidłowość w zestawieniu informacji, że licznik typ MA110M (i odpowiednio: MA309M) został wyprodukowany w Chińskiej Republice Ludowej przez Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co. Ltd., natomiast modem będący jego wyposażeniem (wskazanym w oznaczeniu typu urządzenia i objętym tą samą deklaracją zgodności UE) został wyprodukowany przez firmę PYSENSE w Polsce, albowiem specyfikacja nie zawierała żadnych zastrzeżeń co do konieczności pochodzenia wszystkich modułów i komponentów licznika od jednego producenta, a okoliczność ta nie stanowiła podstawy odrzucenia oferty. Informacje zostały podane przez Odwołującego zgodnie ze stanem faktycznym, prawidłowo identyfikując miejsca i podmioty wytwarzające poszczególne urządzenia, natomiast jego zdaniem błędne i niezgodne z rzeczywistością jest stwierdzenie Zamawiającego, że zgodnie z dyrektywami 2014/53/UE (RED) oraz 2011/65/UE (RoHS II) deklarację zgodności UE w ich zakresie powinien wystawić producent modemu firma PYSENSE.

Jednocześnie Odwołujący zauważa, że nawet gdyby uznać stanowisko Zamawiającego za prawidłowe, że nie doszło do niezłożenia przez Odwołującego wymaganej deklaracji zgodności w zakresie modemów komunikacyjnych (co stanowiło podstawę nr 1 odrzucenia oferty Odwołującego i zostało zaadresowane w odrębnym zarzucie odwołania), to ocena Zamawiającego o występowaniu w takiej sytuacji podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP jest zbyt daleko idąca i nieuprawniona. Odwołujący podkreślił, że nie wprowadzał Zamawiającego w błąd ani co do podmiotu wytwarzającego modemy komunikacyjne na potrzeby postępowania, ani co do miejsca ich produkcji, ponieważ informacje te zostały wyraźnie zawarte na obudowie modemów komunikacyjnych. Wobec tego nie można stwierdzić, w jakim zakresie doszło tu do zawinionego wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Twierdzenie Zamawiającego, że wprowadzeniem w błąd jest stosowanie jednakowego oznaczenia typu modemu CL 101, zdaniem Odwołującego jest również chybiające, albowiem oznaczenie to jest prawidłowe i identyfikuje model modemu komunikacyjnego zaprojektowanego i przeznaczonego

do wykorzystania w licznikach MA110M i MA309M zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, natomiast posługiwanie się jednakowym oznaczeniem dla urządzeń należącym do jednego typu urządzeń (produkowanych na podstawie jednego projektu, o jednakowych właściwościach itd.) jest czymś całkowicie uprawnionym. Odwołujący podniósł, że Zamawiający zarzucił mu lekkomyślność i brak staranności przy przedstawianiu informacji, ale nie wiadomo, które z informacji zostały przez Odwołującego przygotowane niestarannie w sytuacji, gdy oznaczenia na liczniku oraz modemie są wyraźne, natomiast złożone deklaracje zgodności UE również odpowiadają przepisom dyrektywy w ww. zakresie.

Zdaniem Odwołującego wskazanie Zamawiającego w uzasadnieniu jego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, że nieprawdziwe są informacje podane przez niego w pkt IV 16 oraz 9 oferty (czyli oświadczenia o zgodności oferty z warunkami zamówienia oraz o prawdziwości złożonych oświadczeń i dokumentów) nie może być traktowane jako uzasadniona i prawidłowa podstawa faktyczna stwierdzenia wystąpienia przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Odwołujący uważa, że przyczyną powoływania tychże oświadczeń jako informacji nieprawdziwych jest wyłącznie okoliczność, że Zamawiający nie jest w stanie wskazać, które konkretnie ze złożonych w ofercie informacji/dokumentów są niezgodne ze stanem faktycznym. Ponadto w odniesieniu do dodatkowych uwag Zamawiającego dla Odwołującego nie jest zrozumiałe, jakie okoliczności świadczące o nierzetelności przedstawionych Zamawiającemu informacji wywodzone są ze stwierdzenia zawartego w uzasadnieniu odrzucenia, że: „złożone przez Wykonawcę Deklaracje zgodności oznaczone zostały datą wystawienia Deklaracji, które mogą posłużyć jako potwierdzenie, iż Deklaracje zostały przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania”, albowiem producent miał nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek oznaczyć na Deklaracjach zgodności datę ich wystawienia. Poza tym Odwołujący uważa, że powoływanie się na treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego w takim kontekście, jak czyni to Zamawiający, jest całkowicie chybiające, ponieważ właściwe dla przedmiotu zamówienia jest to, że liczniki elektryczne musiały zostać dostosowane do potrzeb przedmiotowego postępowania przez każdego z wykonawców biorących w nim udział – wynika to zarówno ze specyfiki wymagań samego Zamawiającego opisanych w warunkach zamówienia, jak i z wymagań przepisów krajowych, które są specyficzne dla rynku polskiego. Odwołujący podniósł, że chociaż dokładnie analogiczne stwierdzenie zostało zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonym przez Konsorcjum, to nie wzbudziło to jakichkolwiek zastrzeżeń

Zamawiającego. Ta argumentacja Zamawiającego potwierdza zatem jego zdaniem to, że zarzut

wprowadzenia przez Odwołującego w błąd jest zupełnie chybiony i świadczy o negatywnym i nierównym w stosunku do pozostałych wykonawców traktowaniu oferty złożonej przez Odwołującego. W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że podstawy opisane przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty są nie tylko nieprawdziwe, ale również całkowicie nieadekwatne i nieproporcjonalne do zastosowanej sankcji, natomiast znaczna część argumentacji ma charakter ogólnych wywodów i twierdzeń, niepowiązanych z konkretnymi okolicznościami sprawy. W ocenie Odwołującego tok rozumowania Zamawiającego można uznać za prowadzący do absurdalnych wniosków, że każdy przypadek jakiegokolwiek niezgodności oferty z warunkami zamówienia (czy to w zakresie treści oferty czy niezłożenia wymaganych dokumentów) stanowi jednocześnie przesłankę wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, ponieważ może „wywołać mylne wrażenie, czy stworzyć złudzenie”, że złożona oferta spełnia wymogi zawarte w SWZ. Stanowi to nieprawidłową wykładnię normy z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP zarówno w jej aspekcie literalnym, celowościowym, jak i funkcjonalnym.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niezłożenia przez Konsorcjum wymaganych przedmiotowych środków dowodowych – Deklaracji zgodności UE (zarzut nr 3 odwołania) Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 5.1.7 SWZ wykonawcy byli zobowiązani do złożenia Deklaracji zgodności MID oferowanych liczników, natomiast w przypadku, w którym urządzenie, dla którego wystawiana jest Deklaracja zgodności UE objęte jest więcej niż jedną normą zharmonizowaną, dokument Deklaracji zgodności powinien wymieniać wszystkie normy, którym podlega dane urządzenie. Dodał, że Dyrektywa 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 (Dyrektywa MID) wymaga deklaracji zgodności dla liczników energii elektrycznej.

Stosownie do pkt 3.A.35 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „SOPZ”) stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ licznik musi być wyposażony w bezprzewodowy interfejs Wireless M-Bus, zgodny z wymaganiami określonymi w punkcie G. Interfejs Wireless M-Bus jest interfejsem komunikacyjnym służącym do lokalnej komunikacji licznika z infrastrukturą Sieci Domowej odbiorcy. Zgodnie z wymaganiami pkt 3.G.4 SOPZ, interfejs Wireless M-Bus ma być zgodny z aktualną normą PN-EN 13757-4 oraz zapewniać określone przez Zamawiającego wymagania co do m. in. częstotliwości i poziomu transmisji. Skoro interfejs komunikacyjny Wireless M-Bus jest modulem radiowym w rozumieniu dyrektywy

2014/53/UE (RED), to powinien spełniać wymienione w tej dyrektywie normy. Załącznik VI dyrektywy w ppkt 6 wskazuje elementy, jakie powinna zawierać deklaracja zgodności z dyrektywą RED: „Odwołania do odnośnych norm zharmonizowanych, które zastosowano, lub do innych specyfikacji technicznych w stosunku do których deklarowana jest zgodność. Odwołania muszą być podane wraz z ich numerami identyfikacyjnymi i wersjami oraz w stosownych przypadkach z datą wydania”. Zgodnie z art. 18 ust. 3 dyrektywy RED: „Jeżeli urządzenie radiowe podlega więcej niż jednemu aktowi prawa unijnego wymagającego deklaracji zgodności UE, sporządzana jest jedna deklaracja zgodności UE odnosząca się do wszystkich takich aktów prawa unijnego. W deklaracji takiej wskazane są odpowiednie unijne akty prawne, włącznie z odniesieniem do ich publikacji”. Analogiczne postanowienie znajduje się również w art. 19 ust. 3 dyrektywy MID. Odwołujący uważa zatem, że Deklaracja zgodności dla liczników powinna, obok norm wynikających z dyrektywy MID, wskazywać także w swojej treści na spełnianie przez to samo urządzenie również norm wynikających z dyrektywy RED. Jeżeli produkt podlega pod kilka dyrektyw nowego podejścia, to wystawia się jedną deklarację zgodności. Równocześnie Odwołujący wskazał, że Deklaracje zgodności dla oferowanych liczników Gama 150 oraz Gama 350 złożone przez Konsorcjum nie zawierają wskazania wymaganych norm w zakresie urządzeń radiowych. Dla częstotliwości radiowych i wykorzystania pasma ISM zastosowanie znajdują m. in. normy: PN-ETSI EN 300 220-1 V3.1.1:2017-08 – Urządzenia bliskiego zasięgu (SRD) pracujące w częstotliwości od 25 MHz do 1000 MHz – Część 1: parametry techniczne i metody pomiarów oraz PN-ETSI EN 300 220-2 V3.2.1:2018-12 – Urządzenia bliskiego zasięgu (SRD) pracujące w zakresie częstotliwości od 25 MHz do 1000 MHz – Część 2: Zharmonizowana norma dla dostępu do widma radiowego niespecyficznych urządzeń radiowych. W związku z tym Odwołujący podniósł, że brak odwołania do norm zharmonizowanych dotyczących modułu radiowego na częstotliwość 868 MHz powoduje to, że deklaracja zgodności nie została sporządzona w prawidłowy sposób. Brak powyższych norm daje również podstawę do stwierdzenia, że producent/dostawca nie wykonał żadnych badań na zgodność z normami UE w tym zakresie i oferowane przez niego urządzenie nie spełnia norm UE, a w szczególności norm wynikających z dyrektywy 2014/53/UE, a tym samym wprowadzenie tego urządzenia na rynek byłoby niezgodne z prawem. Ponadto jego zdaniem niezgodna z dyrektywą RED jest także Deklaracja zgodności złożona przez Konsorcjum dla modemu komunikacyjnego LM-SIM76, albowiem Konsorcjum złożyło odrębną od Deklaracji zgodności UE dla licznika Deklarację zgodności UE dla samego modemu komunikacyjnego. Nawet jeśli uznać takie złożenie deklaracji zgodności za dopuszczalne, to powinna ona spełniać wymagania dyrektywy RED, natomiast w deklaracji zgodności złożonej

w ofercie Konsorcjum brak jest wymaganego w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/53/UE (RED) stwierdzenia, że wykazane spełnienie zasadniczych wymagań określonych w art. 3 dyrektywy, tj. Zasadniczych Wymagań dla urządzeń radiowych.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w deklaracjach zgodności UE złożonych przez Konsorcjum dla liczników oraz modemów komunikacyjnych, zawarto odniesienia do norm, które nie odnoszą się do tych urządzeń, a zatem nie powinny być wskazane w tych dokumentach: 1) W deklaracjach zgodności dla liczników Gama 150 i Gama 350:

- Norma EN 301 908-2 V13.1.1
- Norma EN 50065-1:2011
- Norma EN 301 489-17 V3.2.4

2) W deklaracji zgodności dla modemu komunikacyjnego LTE:

- Norma EN 301 489-17 V3.2.4
- Norma EN 301 908-2 V13.1.1
- Norma EN 300 328 V2.2.2
- Norma EN 301 893 V2.1.1

Odwołujący zaznaczył również, że deklaracja zgodności UE może być wystawiona przez producenta – w zakresie określonych w niej norm – tylko po dokonaniu przez niego oceny zgodności urządzenia zgodnie z wymaganiami danej dyrektywy UE w zakresie procedury oceny zgodności. Procedury te określają możliwości wyboru spośród wskazanych procedur oceny zgodności, jednakże nie są to nigdy procedury ograniczające się do czysto formalnego potwierdzenia zgodności norm – ocena zgodności wymaga dokonania kontroli i badań urządzenia w przewidywanych warunkach eksploatacji, nawet jeśli takie badanie dokonywane jest wyłącznie przez wewnętrzne laboratoria producenta (bez udziału jednostki notyfikowanej). Oznacza to, że zadeklarowanie zgodności z określonymi normami musi być potwierdzone badaniami i towarzyszącą dokumentacją techniczną. Producent wystawiający deklarację zgodności UE bierze odpowiedzialność za jej treść i zgodność urządzenia z wykazanymi normami.

W podsumowaniu tej części uzasadnienia zarzutu Odwołujący stwierdził, że złożone przez Konsorcjum deklaracje zgodności są niezgodne z obowiązującymi przepisami, w szczególności w zakresie braku potwierdzenia zgodności z normą dla modułu radiowego. Dlatego nie można uznać, aby Konsorcjum poprzez złożenie dokumentu niepoprawnego

i niezgodnego z właściwymi przepisami złożyło wymagany w pkt 5.1.7 SWZ przedmiotowy środek dowodowy. Z racji tego, że dokumenty wymienione w pkt 5.1.7 SWZ nie podlegają uzupełnieniu, Zamawiający dokonał naruszenia przepisów ustawy PZP, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum.

Uzasadniając zarzut nr 3 odwołania w zakresie dotyczącym niezłożenia przez Konsorcjum wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, tj. certyfikatu H1, Odwołujący wskazał, że Konsorcjum złożyło certyfikat zatwierdzenia systemu jakości według modułu H1 o numerze SK 09-001 H rev. 18 z dnia 13 kwietnia 2022 r. wraz z aneksem określającym zakres certyfikacji. W tabeli 1 wskazano typ licznika – odpowiednio Gama 150 oraz Gama 350 wraz z podaniem numeru certyfikatu badania projektu dla danego typu urządzenia, numeru jednostki notyfikowanej oraz daty ważności certyfikatu. W świetle treści tego dokumentu dla typu Gama 150 - certyfikat badania projektu posiada numer SK 21-004 HD oraz datę ważności do dnia 8 marca 2031 r., natomiast dla typu Gama 350 – numer SK 19-003 HD i datę ważności 19 sierpnia 2029 r. Jednocześnie razem z ofertą Konsorcjum załączyło też Certyfikat badania projektu nr SK 21-004 HD dla typu licznika GAMA 150 wydany dnia 22 sierpnia 2022 r., ale o dacie ważności do dnia 17 lutego 2031 r., a zatem wcześniejszej niż data wskazana w certyfikacie zatwierdzenia systemu jakości, pomimo iż certyfikat badania projektu został wydany później niż certyfikat zatwierdzenia systemu jakości. Podobną nieprawidłowość Odwołujący zauważył w odniesieniu do certyfikatu dla typu GAMA 350, gdzie złożony dla tego licznika Certyfikat badania projektu posiada ten sam numer co wskazany w tabeli nr 1 certyfikatu systemu jakości, ale jego data ważności to 7 lipca 2029 r., podczas gdy data wydania jest ponownie późniejsza, tj. 22 sierpnia 2022 r. W ocenie Odwołującego ujawnione niezgodności w ramach przedłożonych dokumentów mogą oznaczać, że przedłożono razem z ofertą nieprawidłowe (nie będące najnowszą wersją certyfikatu) certyfikaty badania projektu liczników lub też, że urządzenia, których dotyczą przedstawione certyfikaty badania projektu są innymi urządzeniami niż te zatwierdzone w Certyfikacie zatwierdzenia systemu jakości H1, a jedynie posługują się tym samym oznaczeniem typu. Odwołujący uważa, że niezależnie od tego, która z tych okoliczności zachodzi, przesądza to o nieprzedłożeniu przez Konsorcjum wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, które nie podlegają uzupełnieniu. W związku z tym Zamawiający z naruszeniem przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum i jednocześnie naruszył zasady określone w art. 16 ustawy PZP.

Uzasadniając zarzut nr 4 odwołania dotyczący zaniechania udostępnienia w całości wyjaśnień Konsorcjum z dnia 17 stycznia 2023 r. Odwołujący wskazał, że Zamawiający błędnie utrzymał tajemnicę zastrzeżonych informacji, albowiem w kontekście złożonego przez Konsorcjum uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa odtajnieniu powinna podlegać pełna treść wyjaśnień złożonych w dniu 17 stycznia 2023 r. Odwołujący wyjaśnił, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy PZP Zamawiający jest uprawniony do zachowania – na wniosek wykonawcy – poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeżonych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP, jak również art. 16 ustawy PZP zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum nie sprostало ciężarowi wykazania wszystkich przesłanek do uznania informacji za

tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim Konsorcjum nie wykazało wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, do czego zobowiązuje norma prawna z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwoławczego nie wystarczy samo lakoniczne stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy, 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. Odwołujący powołał się przy tym na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3762/21 i z dnia 25 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 80/22, a także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 53/21. Odwołujący dodał, że Konsorcjum

upatruje wartości gospodarczej złożonych wyjaśnień w tym, że „ujawnienie mogłoby wyrządzić szkodę Konsorcjum, jak również każdemu z jego Członków z osobna. Podkreślenia wymaga, iż informacja przedstawia wartość gospodarczą dla Konsorcjum właśnie z tego powodu, że mając istoty i nowatorski potencjał techniczny przekładający się na istotną dla Konsorcjum wartość gospodarczą, pozostaje poufna. Szkodą mogą być utracone korzyści, tj. wartość niemożliwych ze względu na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum do pozyskania nie tylko tego konkretnego zamówienia, ale również kolejnych, z uwagi na zaimplementowanie w urządzeniach konkurencji rozwiązań stworzonych przez producenta licznika tj. UAB „Elgama-Elektronika”. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum w wyjaśnieniach z dnia 17 stycznia 2023 r. przedstawiło sposób dokonania konfiguracji swoich urządzeń i modemów. Samo jednak przedstawienie sposobu konfiguracji bez wiedzy o tym, jak zbudowane są urządzenia (a to zostało skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) w żaden sposób nie pozwala konkurencyjnym wykonawcom na wykorzystanie tej wiedzy w sposób wskazany przez Konsorcjum w wyjaśnieniach. Odwołujący uważa, że jedyną podstawą do uniemożliwienia zapoznania się z treścią wyjaśnień przez konkurencyjnych wykonawców jest chęć uniemożliwienia weryfikacji zgodności złożonych wyjaśnień z treścią SWZ. Powołując się na tezy wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 133/21 Odwołujący wyjaśnił, że nie jest wystarczające samo ogólne stwierdzenie, że dane informacje posiadają wartość gospodarczą, ale konieczne jest jej wskazanie oraz opisanie, na czym polega i z czego wynika określona wartość poszczególnych zastrzeganych informacji lub dokumentów. Jego zdaniem wartość gospodarcza poszczególnych zastrzeganych informacji nie została w żaden sposób omówiona przez Konsorcjum, ani tym bardziej wykazana. W szczególności Konsorcjum nie oszacowało własnych korzyści wynikających z zachowania tajności informacji oraz ewentualnych własnych strat lub zysków innych przedsiębiorców wynikających z ujawnienia danych zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek uregulowana w art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ESMETRIC GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i UAB „Elgama-Elektronika” z siedzibą w Wilnie oraz wykonawcy APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 841/23 po stronie Zamawiającego, albowiem zostały one złożone w terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie, natomiast wykonawcy ci wykazali swój interes w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 kwietnia 2023 r. oraz stanowisko Konsorcjum wyrażone w jego piśmie z dnia 7 kwietnia 2023 r. i stanowisko wykonawcy APATOR wyrażone w jego piśmie z dnia 7 kwietnia 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz dokumentów stanowiących załączniki do pism stron i uczestników postępowania odwoławczego i dowodów złożonych przez Odwołującego na posiedzeniu:

- Dwóch wyciągów z SWZ,
- Pytań i odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego wraz z potwierdzeniem

umieszczenia w zasobach systemu zakupowego SWPP2 (screen'y) i modyfikacją Opisu Przedmiotu Zamówienia,

- Deklaracji zgodności UE dla modułu komunikacyjnego CL101 złożonej

w postępowaniu przetargowym PZP/TD-CEN/07682/2021 w TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna,

- Certyfikatu D złożonego w postępowaniu przetargowym PZP/TDCEN/07682/2021

w TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna,

- Certyfikatu oceny zgodności MID dla modułu D dostarczonego przez wykonawcę

APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu,

- Deklaracji zgodności UE dla modułu komunikacyjnego wystawionej przez firmę DGT

– dotyczy modułu zainstalowanego w liczniku wykonawcy APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu,

- Pisma Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2022 r. wraz ze screen'em z systemu

zakupowego SWPP2 z powiadomieniem wykonawcy KAIFA o zakończeniu procesu weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

w poszczególnych ofertach,

- Oświadczenia SLM wraz z tłumaczeniem,
- Oświadczenia SIMCom wraz z tłumaczeniem.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział Lublin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę Liczników Zdalnego Odczytu 1 i 3- fazowych dla odbiorców końcowych przyłączonych do sieci niskiego napięcia w podziale na 3 Części”. Numer referencyjny tego zamówienia to: POST/DYS/OL/LZA/08984/2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 maja 2022 r., pod numerem 2022/S 101-281130.

Zgodnie z pkt 5.1.7 SWZ (po odpowiedziach na pytania wykonawców i zmianie treści SWZ z dnia 14 lipca 2022 r.) w celu wykazania spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego – Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w postaci Deklaracji zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub H1) oraz Deklarację zgodności UE zgodnie z dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II) – dotyczy to modemów komunikacyjnych. Jednocześnie w pkt 5.2 SWZ, również po zmianie SWZ z dnia 14 lipca 2022 r., Zamawiający zastrzegł, że jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, to Zamawiający nie będzie wzywał do ich uzupełnienia, z wyjątkiem punktów 5.1.5, 5.1.8-5.1.13 SWZ.

W pkt 13.2.6 SWZ Zamawiający przewidział, że wykluczy z postępowania również Wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP).

W dniu 17 stycznia 2023 r. Konsorcjum udzieliło Zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 stycznia 2023 r. dotyczące żądania wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych. Jednocześnie Konsorcjum zastrzegło, że strony od 3 do 20 Załącznika nr 1 do jego wyjaśnień są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia treści składanych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum wskazało, że stanowią one tajemnicę Konsorcjum, a w szczególności uczestnika Konsorcjum – wykonawcy UAB „Elgama-Elektronika” z siedzibą w Wilnie. Zastrzeżone przez Konsorcjum strony wyjaśnień zawierają informacje gospodarcze (techniczne i technologiczne), w tym w szczególności informacje na temat specyfiki wykonania składanych urządzeń, zastosowanych rozwiązań w związku z postawionymi przez Zamawiającego wymaganiami zawartymi w SWZ, opisie przedmiotu zamówienia i wyjaśnieniach do SWZ, jak również unikalne właściwości składanych urządzeń oraz oprogramowaniu, co wypełnia przesłankę posiadania wartości gospodarczej. Wyjaśnienia Konsorcjum dotyczą w szczególności następujących dokumentów, w tym przedmiotowych środków dowodowych w postaci:

- 1) Scenariuszy testowych – dokumenty te zawierają pełny opis funkcjonalności i zaimplementowanych mechanizmów składanych próbek liczników, modemów komunikacyjnych oraz aplikacji. Dodatkowo w szczególności zawierają opis zastosowanych w licznikach rozwiązań, sposobów konfiguracji, wdrożonych parametrów jakościowych. Scenariusze zostały

opracowane od podstaw na potrzeby niniejszego postępowania, wraz z opracowywaniem składanych liczników energii

elektrycznej i referują do wymagań tego postępowania i zapisów umowy wraz z załącznikami w sposób bezpośredni. Zawierają opis stworzonych rozwiązań, które zostały przygotowane specjalnie pod przedmiotowe postępowanie i które stanowią know-how producenta. Scenariusze testowe nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej i stanowią dokumenty utworzone na potrzeby udziału w tym postępowaniu, jednak treść zawarta w scenariuszach testowych oraz w wyjaśnieniach może dać pozostałym oferentom i podmiotom konkurencyjnym informacje o zastosowanych rozwiązaniach i sposobach konfiguracji, oraz implementacji rozwiązań w architekturze oferowanych liczników. Natomiast składane przez Konsorcjum pismo stanowi wyjaśnienie opisanych powyżej elementów, zgodnie z wnioskiem Zamawiającego. Dostęp do ww. dokumentów ma jedynie wąskie grono pracowników producenta oraz wyznaczone przez Lidera Konsorcjum osoby zaangażowane w przygotowanie dokumentacji pod to postępowanie, które zostały zobligowane do zachowania poufności poprzez zawarcie stosownych umów o zachowaniu poufności.

2) Próbek urządzeń – próbki składanych urządzeń zostały znacząco zmodyfikowane przez producenta UAB „Elgama-Elektronika” z siedzibą w Wilnie pod wymogi SWZ i m. in. Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 22 marca 2022 r. w sprawie systemu pomiarowego i są bezpośrednio powiązane z pozostałymi zastrzeżonymi dokumentami oraz z wyjaśnieniami. Zastosowane rozwiązania np. transmisyjne np. w zakresie budowy modemu, jego właściwości technicznych nie wyspecyfikowanych w SWZ stanowią know-how producenta. Próbkę składanych urządzeń nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej i stanowią rodzaj dokumentu utworzonego na potrzeby udziału w przedmiotowym postępowaniu. Składane próbki tj. liczniki energii elektrycznej 1- i 3-fazowe zostały dostosowane pod aktualne postępowanie. Liczniki z rodziny Gama 150 i Gama 350 były oferowane na rynku, ale nie w tym konkretnym wykonaniu i nie z takim oprzyrządowaniem dodatkowym, które wymagane jest tylko w tym postępowaniu, tj. zostało zaprojektowane i dostosowane do licznika (np. antena wewnętrzna). Ponadto, zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w poprzednich postępowaniach i nie doszło do odtajnienia ich. Liczniki nie były przedmiotem wystaw, jak również nie były prezentowane na targach i nie były w tym konkretnym wykonaniu składane w żadnym postępowaniu jako próbki. Składane wyjaśnienia bez wątpienia są powiązane z próbkami urządzeń i z uwagi na powyższe stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dostęp do ww. dokumentu ma jedynie wąskie grono pracowników producenta oraz wyznaczone przez Lidera Konsorcjum osoby zaangażowane w przygotowanie dokumentacji pod to postępowanie, które zostały zobligowane do zachowania poufności poprzez zawarcie

stosownych umów o zachowaniu poufności.

Ponadto Konsorcjum dodało, że jego wyjaśnienia zawierają informacje przedstawiające równoważny sposób postępowania przy konfiguracji urządzeń, jaki został opisany w zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa Załącznikach do Oferty. Treści te nie tylko bezpośrednio dotyczą ww. i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa scenariuszy testowych i próbek urządzeń, ale także zawierają know-how – specyficzną wiedzę na temat korzystania z oferowanego produktu (urządzenia). Wiedza ta jest specyficzna i jako całość i w tym w szczególnym zestawieniu i zbiorze wskazanych elementów jest nieujawniona do wiadomości publicznej (nawet jeżeli fragmenty zastrzeżonych informacji były wcześniej w sposób legalny przekazane do publicznej wiadomości). Konsorcjum oraz każdy z jego uczestników z osobna podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności, a dodatkowo przedsiębiorcy wchodzący w skład Konsorcjum mają wolę, żeby pozostała ona tajemnicą dla pewnych podmiotów z branży, a w szczególności dla konkurentów. Wola ta została wyrażona w sposób niebudzący wątpliwości i rozpoznawalny wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa złożonym wraz z ofertą, jak i obecnie w związku ze składanymi wyjaśnieniami. Wyjaśnienia zawierają zatem nieujawnione do wiadomości publicznej informacje, posiadające wartość gospodarczą, która polega na tym, że zawierają one informacje o rozwiązaniach zastosowanych przez wykonawcę, które zostały zawarte w dokumentacji z uwagi na specyfikę i wymaganą zawartość dokumentów, a zatem świadczy to o wypełnieniu przesłanki w zakresie posiadania wartości gospodarczej.

Konsorcjum wyjaśniło również, że podjęło niezbędne działania w stosunku do składanych wyjaśnień w celu zachowania ich poufności, ponieważ dostęp do informacji zawartych w wyjaśnieniach posiada w Konsorcjum zaledwie kilka osób, tj. osoby zajmujące się produkcją, rozwojem oraz osoby wyznaczone do przygotowania oferty. Osoby te zostały zobowiązane do zachowania poufności w związku z podpisaniem umów o zachowaniu poufności, a zatem Konsorcjum jest w stanie zidentyfikować osoby odpowiedzialne za przetwarzanie utajnionych informacji. Na potwierdzenie tej okoliczności Konsorcjum załączyło do wyjaśnień umowę o zachowaniu poufności z dnia 10 czerwca 2019 r. zawartą pomiędzy ESMETRIC Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie a UAB „Elgama-Elektronika” z siedzibą w Wilnie oraz regulamin pracy dla pracowników ESMETRIC Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Konsorcjum podkreśliło, że zastrzeżone informacje przedstawiają wartość gospodarczą dla Konsorcjum właśnie z tego powodu, że mając istotny i nowatorski potencjał techniczny pozostają poufne. Szkodą dla Konsorcjum mogą być utracone korzyści w postaci niemożności pozyskania nie tylko tego konkretnego zamówienia, ale również kolejnych zamówień. Dodało, że w wyjaśnieniach Konsorcjum przedstawia równoważny sposób dokonania konfiguracji urządzeń i modemów, a zatem przedstawia dodatkową wiedzę i know-how w zakresie możliwości konfiguracyjnych. Złożone wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe oraz wyjaśnienia stanowią więc przewagę konkurencyjną w zakresie zastosowanych rozwiązań i sposobów dokonywania zmian. Szkodą po stronie Konsorcjum jest także poniesienie kosztów związanych z wprowadzeniem nowych rozwiązań, w tym kosztów badań rozwojowych, certyfikacji, które mogą okazać się niepotrzebne w następnych postępowaniach z uwagi na porównywalność oferty produktowej. Zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą i pozostają w kręgu zainteresowania przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną wobec Konsorcjum jak i każdego z jego członków z osobna oraz zawierają one w sobie dane, które mogą służyć konkurencji do kształtowania własnej strategii działania ze szkodą dla Konsorcjum. Na rynku liczników energii elektrycznej jest w zasadzie kilku wykonawców, a każde kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może dostarczyć im wiedzy na temat zastosowanych przez Konsorcjum rozwiązań w składanych

licznikach energii elektrycznej i przedstawionych wyjaśnieniach, a następnie doprowadzić do tego, że po zaimplementowaniu tychże rozwiązań w swoich urządzeniach, w kolejnym postępowaniu przetargowym będą w stanie zaoferować podobne urządzenia na podobnym poziomie cenowym lub nawet tańszym, gdyż zaoszczędzą koszty nie prowadząc kosztownych prac typu B+R. Przedstawione w wyjaśnieniach sposoby konfiguracji, analogicznie jak zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś ich ujawnienie doprowadziłoby do wyrządzenia szkody Konsorcjum – tak samo jak ujawnienie w tym zakresie informacji złożonych wraz z ofertą. Konsorcjum podsumowało swoje wyjaśnienia w ten sposób, że rynek liczników energii elektrycznej jest hermetyczny, natomiast wykonawcy śledzą na bieżąco stosowane rozwiązania swoich konkurentów, na obecnym etapie udaje się jednak Konsorcjum chronić know-how producenta w sposób skuteczny.

Zamawiający utrzymał w poufności dokumenty i informacje zastrzeżone przez

Konsorcjum.

W dniu 17 marca 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą została uznana oferta złożona przez Konsorcjum: ESMETRIC

GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i UAB „Elgama-Elektronika” z siedzibą w Wilnie. Ofercie Konsorcjum przyznano 85 punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego – wykonawcy KAIFA z dwóch podstaw prawnych.

Po pierwsze na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, co uzasadnił tym, że w punkcie 5 SWZ określił katalog przedmiotowych środków dowodowych, które wykonawca był zobowiązany złożyć wraz z ofertą. Następnie w dniu 14 lipca 2022 r. dokonano modyfikacji treści SWZ m. in. w zakresie wykazu przedmiotowych środków dowodowych oraz określono, które z tych dokumentów będą podlegały uzupełnieniu, a które nie. Wśród przedmiotowych środków dowodowych niepodlegających uzupełnieniu znalazły się m. in. deklaracja zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub H1) oraz deklaracja zgodności UE zgodnie z dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II) dla modemów komunikacyjnych.

W zakresie deklaracji zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (według modułów B+D lub B+F lub H1) wykonawca KAIFA przedkładając certyfikaty oceny zgodności w postępowaniu, wybrał procedurę certyfikacji oceny zgodności według modułów B+D. Certyfikaty są wydawane dla podmiotu zgłaszającego urządzenie do certyfikacji. Certyfikat D zgodnie z Dyrektywą 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 dotyczy zgodności z typem w oparciu o zapewnienie jakości procesu produkcji. Wykonawca KAIFA nie dołączył do składanej oferty Certyfikatu D stanowiącego nierozłączny element wybranej procedury (B+D) certyfikacji dla oceny zgodności MID zgodnie z dyrektywą 2014/32/UE. Certyfikat jest wydawany dla faktycznego producenta. W tym przypadku zgodnie z deklaracją CE przez firmę Shenzhen Kaifa Technology. Zgodnie z zapisami SWZ, dokument nie podlegał uzupełnieniu.

Ponadto zgodnie z zapisami SWZ Zamawiający wymagał jako przedmiotowych środków dowodowych dokumentów pn. „Deklaracja zgodności UE zgodnie z dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II) – dotyczy modemów komunikacyjnych”. Wykonawca KAIFA przedstawił Deklaracje zgodności wystawione dla liczników wyposażonych w wymienne modemy komunikacyjne (CL101), które zawierają numer Certyfikatu dla modułów D (CE-260). Przedłożone deklaracje zgodności określają miejsce produkcji przedmiotowego

asortymentu w Chińskiej Republice Ludowej. Jednocześnie wykonawca wraz z ofertą złożył cztery egzemplarze liczników (2 egzemplarze liczników 1-fazowych i 2 egzemplarze liczników 3-fazowych) wyposażonych w wymienne modemy komunikacyjne (CL101) wyprodukowane w Polsce przez firmę PYSENSE – zgodnie z oznaczeniem na tabliczce znamionowej wymiennych modemów komunikacyjnych faktycznie zainstalowanych w licznikach stanowiących przedmiotowe środki dowodowe. Oznacza to, że wykonawca ten nie złożył Deklaracji zgodności dla modemów CL101 wyprodukowanych w Polsce przez firmę PYSENSE zgodnie z oznaczeniem na tabliczce znamionowej urządzeń faktycznie zainstalowanych w licznikach stanowiących przedmiotowe środki dowodowe.

Z uwagi na powyższe wykonawca KAIFA nie złożył wraz z ofertą certyfikatu D dla oceny zgodności MID oraz deklaracji zgodności UE zgodnie z dyrektywą 2014/53/UE (RED) i dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II) dla wymiennych modemów komunikacyjnych wyprodukowanych przez firmę PYSENSE, tj. dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w SWZ i niepodlegających uzupełnieniu zgodnie z zapisami SWZ. Dlatego też oferta wykonawcy KAIFA podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy PZP.

Po drugie Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy KAIFA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP. Zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający przewidział w punkcie 13.2 SWZ możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ustawy PZP, w tym m. in. wskazał przesłankę wykluczenia wskazaną w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Zamawiający postanowił wykluczyć wykonawcę KAIFA z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Zamawiający określił w punkcie 5 SWZ katalog przedmiotowych środków dowodowych, które wykonawca był zobowiązany złożyć wraz z ofertą. W dniu 14 lipca 2022 r. dokonano modyfikacji treści SWZ m. in. w zakresie wykazu przedmiotowych środków dowodowych oraz określono, które z tych dokumentów będą podlegały uzupełnieniu, a które nie. Wśród przedmiotowych środków dowodowych niepodlegających uzupełnieniu znalazła się m. in. deklaracja zgodności UE zgodnie z dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II) dla modemów komunikacyjnych. Jako przedmiotowy środek dowodowy Wykonawca KAIFA przedstawił razem z ofertą Deklaracje zgodności wystawione dla liczników wyposażonych w wymienne modemy komunikacyjne (CL101), które

zawierają numer Certyfikatu dla modułów D (CE-260). Przedłożone deklaracje zgodności określają miejsce produkcji przedmiotowego asortymentu w Chińskiej Republice Ludowej. Jednocześnie wykonawca wraz z ofertą złożył cztery egzemplarze liczników

(2 egzemplarze liczników 1-fazowych i 2 egzemplarze liczników 3-fazowych) w skład których wchodzi wymienne modemy CL101 wyprodukowane w Polsce przez firmę PYSENSE – zgodnie z oznaczeniem na tabliczce znamionowej urządzeń faktycznie zainstalowanych w licznikach stanowiących przedmiotowe środki dowodowe. Ponadto Zamawiający zauważył, że w punkcie IV.16 Formularza Oferty wykonawca KAIFA złożył oświadczenie o następującej treści: „Pod groźbą odpowiedzialności karnej oświadczamy, że przedstawione w Ofercie informacje oraz załączone do Oferty dokumenty oraz oświadczenia opisują stan faktyczny i prawny, aktualny na dzień składania Ofert (art. 297. k.k.)”. Natomiast w punkcie 9 tego dokumentu wykonawca KAIFA oświadczył, że przedmiot oferty jest zgodny z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP wymagane jest łączne zaistnienie następujących przesłanek: 1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła Zamawiającego w błąd,

2. przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa,
3. informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Wystarczające jest, że wykonawca przestawi informacje, które mogłyby wprowadzić w błąd zamawiającego, przy czym skutek taki nie musi rzeczywiście nastąpić. Wykonawca KAIFA złożył „deklarację zgodności UE zgodnie z dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II)” dla liczników wyposażonych w wymienne modemy komunikacyjne (typ: CL101), z której wynika, iż producentem liczników wyposażonych w wymienne modemy komunikacyjne (typ: CL101) jest firma Shenzhen KAIFA Technology Co. Ltd., natomiast miejscem produkcji przedmiotowego asortymentu jest Chińska Republika Ludowa. Deklaracje te złożono w celu potwierdzenia posiadania odpowiedniej certyfikacji zarówno w zakresie liczników, jak i modemów, załączonych do oferty jako przedmiotowe środki dowodowe. Jednocześnie przedmiotowe środki dowodowe, tj. liczniki energii elektrycznej zostały wyposażone w modemy (typ: CL101), których producentem zgodnie z oznaczeniem na tabliczce znamionowej urządzeń jest firma PYSENSE. Natomiast zgodnie z ww. dyrektywami „Deklarację zgodności UE zgodnie z dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II)” powinien wystawić producent urządzenia – zatem w tym przypadku firma PYSENSE. Wynika z tego, że wykonawca złożył jako przedmiotowy środek dowodowy deklarację zgodności dla innego modemu (wyprodukowanego w Chińskiej Republice Ludowej) niż modem złożony wraz z ofertą. Potwierdza to ww. fakt, iż zgodnie z ww. dyrektywami podmiotem zobowiązanym do

wystawienia deklaracji zgodności UE zgodnie z dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II) dla modemów komunikacyjnych załączonych do oferty był producent modemu – firma PYSENSE – zgodnie z oznaczeniem na tabliczce znamionowej urządzeń faktycznie zainstalowanych w licznikach, które stanowiły przedmiotowe środki dowodowe. Natomiast deklaracja złożona w postępowaniu została wystawiona przez inny podmiot – firmę Shenzhen KAIFA Technology Co. Ltd. Oznacza to, iż wykonawca posłużył się deklaracją zgodności dotyczącą innego modemu (wyprodukowanego w Chińskiej Republice Ludowej) wystawioną przez innego producenta dla wykazania spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego przez modemy załączone do oferty (wyprodukowane w Polsce przez firmę PYSENSE – zgodnie z oznaczeniem na tabliczce znamionowej). Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że informacje przedstawione przez wykonawcę (tj. „Deklaracje zgodności UE zgodnie z dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II)” dla liczników wyposażonych w wymienne modemy komunikacyjne, z których wynika, iż producentem obu urządzeń – licznika i modemu, jest firma Shenzhen KAIFA Technology, wprowadzały Zamawiającego w błąd co do zgodności oferowanego asortymentu (licznik i modem) z dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz dyrektywą 2022/65/UE (RoHS II). Zamawiający podkreślił, że wspomniane Deklaracje nie dotyczą modemów (typ: CL101) stanowiących przedmiotowe środki dowodowe, ponieważ dostarczone urządzenia wyposażone są w wymienne modemy (typ: CL101) produkcji PYSENSE (zgodnie z oznaczeniem na tabliczce znamionowej urządzenia) a nie Shenzhen KAIFA Technology Co. Ltd. (zgodnie ze złożoną Deklaracją). Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że wykonawca KAIFA używa tego samego oznaczenia typu (CL101) zarówno w złożonej Deklaracji jak i przedłożonych urządzeniach stanowiących przedmiotowe środki dowodowe, co dodatkowo wprowadza Zamawiającego w błąd. W ocenie Zamawiającego podstawowym obowiązkiem wykonawcy powinno być sprawdzenie, czy składana przez niego oferta (w tym dokumenty) mają pokrycie w rzeczywistości, tym bardziej, iż wykonawca w punkcie IV 16 Formularza Oferty oświadcza, że przedstawione w Ofercie informacje oraz załączone do Oferty dokumenty oraz oświadczenia opisują stan faktyczny i prawny, aktualny na dzień składania Ofert, natomiast w punkcie 9 oświadcza, że przedmiot Oferty jest zgodny z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego. Wykonawca KAIFA złożył w ofercie oświadczenie pod groźbą odpowiedzialności karnej, że przedstawione w ofercie informacje oraz załączone do oferty dokumenty oraz oświadczenia opisują stan faktyczny i prawny, aktualny na dzień składania ofert. Zatem z treści tego oświadczenia wynika, że złożona oferta przedstawia stan prawdziwy, rzeczywisty, faktyczny na dzień składania ofert, a złożone dokumenty są zgodne z warunkami

zamówienia, co jest niezgodne z prawdą. Dodatkowo za powyższym przemawia fakt, iż złożone przez wykonawcę KAIFA Deklaracje zgodności oznaczone zostały datą wystawienia Deklaracji, które mogą posłużyć jako potwierdzenie, iż Deklaracje zostały przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania. Potwierdza to także treść wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa złożonej przez wykonawcę KAIFA wraz z ofertą, w której wykonawca stwierdził, iż rozwiązania (liczniki wraz z wymiennymi modemami złożone wraz z ofertą) przygotowane zostały na potrzeby przedmiotowego postępowania zakupowego, w postaci nieprezentowanej wcześniej i nieoferowanej wcześniej w innych postępowaniach. Ponadto wykonawca KAIFA stwierdził, iż dokumenty opisujące urządzenia nie są nigdzie dostępne, ani

powszechnie udostępnianie. Wskazuje to na to, iż zarówno dostarczone urządzenia, jak i dokumenty ich dotyczące zostały przygotowane na potrzeby tego postępowania zakupowego. Zamawiający podsumował, że wykonawca KAIFA dopuścił się we wskazanym zakresie co najmniej niedbalstwa, co potwierdzają wskazane okoliczności i dokumenty. Treść oferty, w tym dokumentów załączonych do oferty, nie odpowiadała prawdzie, co świadczy o tym, że wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe informacje (pkt IV 16 oraz 9 oferty), wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu. Wystarczające zatem jest, że złożenie przedmiotowych Deklaracji mogło wywołać mylne wrażenie, czy stworzyć złudzenie, iż Deklaracje dotyczące modemów stanowiących element przedmiotowych środków dowodowych spełniają wymogi wskazane w SWZ. Mając na uwadze opisany powyżej stan faktyczny Zamawiający wykluczył wykonawcę KAIFA z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, co stanowiło kolejną podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po przeanalizowaniu materiału zgromadzonego w aktach sprawy odwoławczej oraz zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron oraz uczestników postępowania odwoławczego rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że odwołanie to nie zasługuje na uwzględnienie, choć pierwszy z zarzutów odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 ustawy PZP okazał się być zasadny, niemniej nie mógł on wpłynąć na wynik końcowy sprawy.

Uzasadnienie wyroku należy jednak rozpocząć od odniesienia się do zarzutów nr 2, 3 i 4 odwołania, które nie znalazły uznania w oczach Izby.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Art. 16 ustawy PZP wymienia podstawowe zasady prawa zamówień publicznych stwierdzając, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 107 ust. 4 ustawy PZP Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

W świetle art. 223 ust. 1 ustawy PZP w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187 ustawy PZP, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy PZP Zamawiający umotywował dwiema okolicznościami. Po pierwsze Zamawiający wskazał na brak dołączenia do składanej oferty Certyfikatu D stanowiącego nierozłączny element wybranej procedury (B+D) certyfikacji dla oceny zgodności MID zgodnie z Dyrektywą 2014/32/UE (MID). Choć Odwołujący twierdzi, że w świetle wymagań SWZ nie miał obowiązku złożenia Certyfikatu D, to jego argumentacja nie znajduje w ogóle odzwierciedlenia w treści postanowienia zawartego w pkt 5.1.7 SWZ, który wyraźnie wymagał złożenia razem z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w postaci Deklaracji zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (według modułów B+D lub B+F lub H1). Poza tym wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający wcale nie mógł pozyskać Certyfikatu D samodzielnie,

ponieważ zgodnie z regulacją art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych (a nie przedmiotowych środków dowodowych) jedynie w sytuacji, gdy może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, pod warunkiem że wykonawca wskazał w JEDZ dane umożliwiające dostęp do tych środków. Brak również było podstaw do dokonania uzupełnienia tego dokumentu w świetle nie budzącego wątpliwości interpretacyjnych postanowienia pkt 5.2 SWZ, a także Zamawiający nie mógł skierować do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 107 ust. 4 ustawy PZP lub art. 223 ust. 1 ustawy PZP, albowiem złożenie przez Odwołującego ewentualnych wyjaśnień nie mogło spowodować uzupełnienia (zmiany treści) złożonej oferty.

Po drugie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego ze względu na niezłożenie przedmiotowego środka dowodowego w postaci Deklaracji zgodności UE zgodnie z Dyrektywą 2014/53/UE (RED) i Dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II) dla wymiennych modemów komunikacyjnych. W trakcie postępowania odwoławczego nie było w zasadzie kwestionowane, że producentem wymiennych modemów komunikacyjnych jest firma PYSENSE, a nie firma Shenzhen KAIFA Technology Co. Ltd., wobec czego brak przedłożenia Deklaracji zgodności UE wystawionej przez firmę PYSENSE trzeba uznać za niezłożenie przedmiotowego środka dowodowego zgodnie z wymogiem pkt 5.1.7 SWZ. Podkreślenia wymaga, że zarówno liczniki, jak i modemy komunikacyjne są to dwa odrębne urządzenia wymagające odrębnych Deklaracji zgodności. Podnoszoną przez Odwołującego argumentację, że wystarczająca jest Deklaracja zgodności UE wystawiona przez producenta licznika należy uznać za nieprawidłową, ponieważ nie znajduje to potwierdzenia ani w dokumentacji postępowania, ani w przepisach prawa. Skoro Odwołujący nie załączył do swojej oferty prawidłowej Deklaracji zgodności UE dla modemów komunikacyjnych to – podobnie jak w przypadku niezłożenia Certyfikatu D – brak było w świetle pkt 5.2 SWZ możliwości uzupełnienia tego przedmiotowego środka dowodowego. Tak samo brak było

podstaw do żądania od Odwołującego ewentualnych wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych czy to na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy PZP czy to na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

Mając powyższe na względzie zarzut odwołania wskazujący na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 ustawy PZP podlegał oddaleniu przez Izbę, jak również zarzut ewentualny odnoszący się do naruszenia art. 107 ust. 4 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy PZP nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

W zakresie zarzutu nr 3 odwołania:

Według regulacji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Art. 16 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W zarzucie nr 3 odwołania Odwołujący zakwestionował brak odrzucenia oferty jego konkurenta – Konsorcjum: ESMETRIC GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i UAB „Elgama-Elektronika” z siedzibą w Wilnie mimo, że Konsorcjum to nie złożyło wymaganych przedmiotowych środków dowodowych. Uzasadnienie tego zarzutu odwołania wskazuje na to, że podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Odwołujący upatruje w 4 okolicznościach.

Po pierwsze Odwołujący uważa, że Konsorcjum składając przedmiotowe środki dowodowe nie złożyło wymaganej przez pkt 5.1.7 SWZ Deklaracji zgodności MID dla oferowanych liczników, zgodnie z wymaganiami Dyrektywy RED. W tym zakresie stanowisko Odwołującego należy uznać za nieznajdujące odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania, a zwłaszcza w przywołanym pkt 5.1.7 SWZ, albowiem – jak trafnie zauważyło Konsorcjum w swoim piśmie z dnia 7 kwietnia 2023 r. – Zamawiający nie wymagał Deklaracji zgodności MID liczników zgodnie z wymaganiami dyrektywy RED jako przedmiotowego środka dowodowego, ponieważ w świetle pkt 5.1.7 SWZ Deklaracja zgodności UE dotyczyła wyłącznie modemów komunikacyjnych, które miały być zgodne z Dyrektywą RED (a także Dyrektywą RoHS II). Nie można też tracić z pola widzenia tego, że według art. 19 ust. 3 Dyrektywy MID w przypadku, gdy przyrząd pomiarowy podlega więcej niż jednemu aktowi prawa Unii wymagającemu deklaracji zgodności UE, sporządzana jest jedna deklaracja zgodności UE odnosząca się do wszystkich takich aktów prawa Unii. W deklaracji takiej wskazane są odpowiednie niniejsze akty prawne, włącznie z odniesieniem do ich publikacji. Natomiast zgodnie z art. 19 ust. 4 Dyrektywy MID

poprzez sporządzenie deklaracji zgodności UE producent przyjmuje na siebie odpowiedzialność za zgodność przyrządu pomiarowego z wymaganiami określonymi w niniejszej dyrektywie. Z powyższego wynika, że deklaracja zgodności UE ma wymieniać w swojej treści wszystkie akty prawa unijnego, o ile przyrząd pomiarowy podlega także innym aktom prawnym wymagającym deklaracji zgodności UE, lecz ma poświadczać ona zgodność przyrządu pomiarowego jedynie z wymaganiami określonymi w Dyrektywie MID, a nie innych aktach prawa. Skoro Zamawiający nie odnosił standardów określonych Dyrektywą RED do liczników, to zatem nie może być mowy o niezłożeniu przez Konsorcjum wymaganego przedmiotowego środka dowodowego.

Po drugie Odwołujący stwierdził, że Deklaracje zgodności UE dla oferowanych liczników Gama 150 oraz Gama 350, które złożyło Konsorcjum, nie zawierają wskazania wymaganych norm zharmonizowanych w zakresie urządzeń radiowych, co jego zdaniem przesądza o tym, że Deklaracja zgodności UE została sporządzona w sposób nieprawidłowy, a poza tym implikuje to wniosek, że producent nie wykonał żadnych badań na zgodność z normami UE w tym zakresie i oferowane przez niego urządzenie nie spełnia norm UE, a w szczególności norm wynikających z dyrektywy MID, a w konsekwencji tego, że wprowadzenie takiego urządzenia na rynek będzie niezgodne z prawem. Również i w tym zakresie Izba uznaje stanowisko Odwołującego za nieuprawnione, albowiem, jak słusznie wskazują Zamawiający i Konsorcjum w swoich pismach z dnia 7 kwietnia 2023 r., w świetle przywołanego już art. 19 ust. 3 Dyrektywy MID Deklaracje zgodności UE sporządzane w warunkach określonych w tym przepisie prawnym powinny referować do wszystkich aktów prawa unijnego (a więc aktów wymienionych w art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskich), a normy zharmonizowane nie zaliczają się do tej kategorii aktów.

Po trzecie Odwołujący doszukuje się kolejnej wadliwości przedłożonych przez Konsorcjum Deklaracji zgodności MID dla liczników i Deklaracji zgodności UE dla modemów komunikacyjnych w tym, że zawierają one odniesienia do kilku norm zharmonizowanych, które nie odnoszą się do tych urządzeń, w związku z czym nie powinny być one wskazywane w tych dokumentach. Izba nie podziela zapatrywania Odwołującego, albowiem Zamawiający nie ocenia dodatkowych funkcjonalności oferowanych urządzeń, które zostały wymienione w treści przedmiotowych środków dowodowych składanych przez wykonawców, w szerszym zakresie aniżeli ten, którego on sam wymaga obligatoryjnie (lub fakultatywnie) w dokumentacji postępowania. Poza tym w ocenie Izby wątpliwym jest, aby Odwołujący, który przecież nie jest producentem urządzeń oferowanych przez swojego konkurenta w przetargu, mógł znać jego

dokładną specyfikację techniczną, co z kolei miało by pozwolić mu na stanowcze stwierdzenie, jakie jeszcze inne funkcjonalności posiadają zaoferowane liczniki i modem komunikacyjny. Jest to tym bardziej wątpliwe zważywszy na treść wyjaśnień Konsorcjum z dnia 17 stycznia 2023 r., które wskazują na to, że oferowane urządzenia zostały specjalnie skonfigurowane na potrzeby przedmiotowego przetargu.

Po czwarte wreszcie Odwołujący podważył rzetelność Certyfikatu H1 złożonego przez Konsorcjum, co wywiódł z

rozbieżności w datach zatwierdzenia systemu jakości i badania projektu dla liczników Gama 150 i Gama 350. Jego zdaniem ujawnione niezgodności w ramach Certyfikatów H1 mogą oznaczać, że przedłożono razem z ofertą nieprawidłowe certyfikaty badania projektu liczników (które nie są ich najnowszą wersją) lub też, że urządzenia, których dotyczą przedstawione certyfikaty badania projektu, są innymi urządzeniami niż te zatwierdzone w certyfikacie zatwierdzenia systemu jakości H1, a jedynie posługują się tym samym oznaczeniem typu. Jednakże Izba zauważa, że poza własnymi interpretacjami treści dokumentów co do ewentualnie innej chronologii czynności Odwołujący nie daje w zasadzie żadnych przekonujących dowodów, które świadczyłyby o niewiarygodności lub nawet nieautentyczności przedłożonych przedmiotowych środków dowodowych. Izba podziela przy tym stanowisko Zamawiającego, że w odniesieniu do Certyfikatów H1 daty oceny systemu jakości mogą różnić się od dat badań projektów urządzeń z uwagi na większą częstotliwość rewizji tych drugich wynikającą z częstszych zmian funkcjonalnych przedmiotowych urządzeń.

Mając na uwadze powyższe zarzut trzeci odwołania dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Izba uznała za nieuzasadniony.

W zakresie zarzutu nr 4 odwołania:

Art. 18 ustawy PZP stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (ust. 1). Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2). Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy PZP (ust. 3).

Art. 16 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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.

Natomiast według art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie ustawy PZP.

Na wstępie Izba podkreśla, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest naczelną zasadą systemu zamówień publicznych w Polsce, której normatywnie źródło stanowi art. 18 ust. 1 ustawy PZP. Jawność postępowania przetargowego jest gwarancją jego transparentności zarówno w odniesieniu do czynności zamawiającego, jak i wykonawców, ponieważ każdy podmiot gospodarczy, który zdecydował się na wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien liczyć się z tym, że dokumenty przez niego składane w toku przetargu i informacje o nim przekazywane zamawiającemu będą podlegały ujawnieniu na wniosek zainteresowanych podmiotów. W dalszej kolejności trzeba zauważyć, że ograniczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić tylko w drodze wyjątku i tylko w uzasadnionych przypadkach przewidzianych przepisami prawa. Jednym z takich zasadniczych wyjątków jest potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, do których odnoszą się art. 18 ust. 3 ustawy PZP i art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który powołuje się na tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, powinien wykazać zamawiającemu, że zastrzegane przez

niego informacje mają charakter informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji, które posiadają dla niego wartość gospodarczą, a 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. Jednocześnie wykonawca powinien wykazać, że jako podmiot uprawniony do korzystania z tych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Co ważne, zainteresowany wykonawca już w momencie przekazania zamawiającemu informacji i dokumentów, których ochrony i utajnienia żąda, powinien złożyć stosowne zastrzeżenie. Z kolei ocena spełnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być każdorazowo dokonywana indywidualnie i uwzględniać wszystkie mające znaczenie okoliczności konkretnego przypadku.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 17 stycznia 2023 r. Zamawiający podjął słuszną decyzję o utrzymaniu w poufności treści wyjaśnień Konsorcjum z dnia 17 stycznia 2023 r. w zakresie obejmującym str. 3-20 Załącznika nr 1 do wyjaśnień. Izba stwierdza, że Konsorcjum wykazało spełnienie wszystkich ustawowych przesłanek, aby można było uznać zastrzeżenie jego tajemnicy przedsiębiorstwa jako złożone skutecznie. Po pierwsze Konsorcjum wykazało, że zastrzeżone przez niego wyjaśnienia odnoszą się w szczególności do scenariuszy testowych i próbek urządzeń, które mają dla niego wartość gospodarczą. Próbkę zaoferowanych liczników zostały znacząco zmodyfikowane przez ich producenta – firmę UAB „Elgama-Elektronika” z siedzibą w Wilnie na potrzeby przedmiotowego

postępowania, pod kątem wymogów stawianych w SWZ. Konsorcjum wykazało, że zastosowane rozwiązania o charakterze technicznym w zakresie budowy modemu komunikacyjnego i jego właściwości, a także wbudowanie anteny wewnętrznej w licznikach mają charakter nowatorski i stanowią know-how producenta. Scenariusze testowe zawierają natomiast pełny opis funkcjonalności i zaimplementowanych mechanizmów składanych próbek liczników elektrycznych, modemów komunikacyjnych i aplikacji, jak również zawierają opis zastosowanych w licznikach rozwiązań, sposobów konfiguracji i wdrożonych parametrów jakościowych. One także zostały opracowane specjalnie na potrzeby tego postępowania. Po drugie zaoferowane w tym postępowaniu liczniki nie były dotychczas przedmiotem wystaw, nie prezentowano ich na żadnych targach, ani nie były one w tym konkretnym wykonaniu składane w żadnym postępowaniu jako próbki. Także scenariusze testowe nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej. Po trzecie Konsorcjum wykazało, że podjęło niezbędne działania w stosunku do składanych wyjaśnień, aby zachować ich treść w poufności, ponieważ dostęp do informacji zawartych w wyjaśnieniach, w tym do

próbek liczników i scenariuszy testowych posiada w Konsorcjum zaledwie kilka osób, które zajmują się produkcją, rozwojem oraz przygotowaniem oferty na potrzeby przetargu. Przy tym Konsorcjum powołało się nie tylko na standardowo umieszczane w zawartych umowach o pracę klauzule poufności, ale również przedłożyło umowę o zachowaniu poufności z dnia 10 czerwca 2019 r. zawartą pomiędzy oboma konsorcjantami i Regulamin Pracy obowiązujący pracowników ESMETRIC Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. W ocenie Izby było to wystarczające dla uznania, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa względem wyjaśnień z dnia 17 stycznia 2023 r. nastąpiło w sposób prawidłowy i skuteczny. Wobec tego nie można czynić Zamawiającemu zarzutów, iż ten poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia innym wykonawcom dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum dopuścił się naruszenia przepisów ustawy.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołania:

Art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Według zaś art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W świetle regulacji art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP wykonawcę można wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli zostały spełnione trzy przesłanki. Po pierwsze wykonawca musi przedstawić Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. Nie chodzi przy tym o skuteczne wprowadzenie Zamawiającego w błąd, wystarczająca jest sama hipotetyczna możliwość, że przedstawione informacje mogą wprowadzić Zamawiającego w błąd. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd może nastąpić zarówno poprzez przedstawienie mu obiektywnie fałszywych informacji, jak również informacji obiektywnie prawdziwych, które jednak w konkretnych okolicznościach i w konkretnym kontekście sytuacyjnym mogą wywoływać mylnie

wyobrażenie u Zamawiającego odnośnie istniejącego stanu rzeczy. Po drugie przedstawienie wprowadzających w błąd informacji powinno być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. W literaturze prawa zamówień publicznych podnosi się, że lekkomyślność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwość wprowadzenia Zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić [tak: H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 109 ustawy, teza 9.3.2.]. Po trzecie wreszcie informacje przedstawione przez wykonawcę powinny cechować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co najczęściej należy odnieść do decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu bądź zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy. Innymi słowy o istotnym wpływie na decyzje Zamawiającego można mówić w przypadku, gdy wprowadzające w błąd informacje są kluczowe dla rankingu ofert, bytu konkretnego wykonawcy i jego oferty w danym postępowaniu, wyboru oferty konkretnego wykonawcy jako najkorzystniejszej czy nawet unieważnienia całego postępowania o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wskazał w pkt 13.2.6 SWZ na przesłankę wykluczenia z postępowania unormowaną w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, dzięki czemu mógł on wykluczyć z tego postępowania takiego wykonawcę, który przedstawił mu w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacje wprowadzające w błąd, a co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający mógł odrzucić ofertę takiego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP. W odniesieniu do drugiej z podstaw odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, że decyzja Zamawiającego była błędna, wobec czego postawiony zarzut nr 1 odwołania należy uznać za zasadny. Nie sposób bowiem uznać, że Zamawiający został w tym postępowaniu wprowadzony w błąd przez Odwołującego w odniesieniu do zgodności zaoferowanego licznika elektrycznego i modemu komunikacyjnego z Dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz Dyrektywą 2022/65/UE (RoHS II) poprzez samo złożenie Deklaracji zgodności dla liczników wyposażonych w wymienne modemy, z których treści wynika, że producentem obydwu urządzeń jest firma Shenzhen KAIFA Technology Co. Ltd. Wszak Zamawiający dysponował próbką modemu, który posiadał tabliczkę znamionową z właściwą nazwą producenta, więc Zamawiający miał wiedzę

na temat tego, że to firma PYSENSE wyprodukowała modem. Same rozbieżności w złożonych próbkach i dokumentach w zakresie nazw producentów nie mogą przesądzać, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, tym bardziej że Zamawiający sam od razu wychwycił tego rodzaju nieścisłości w dostarczonych mu przedmiotowych środkach dowodowych. Dlatego też w tych okolicznościach wykluczenie Odwołującego z postępowania przetargowego byłoby zbyt daleko idące. Wobec tego w tym zakresie decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego ze wskazaniem na podstawę z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP należy uznać za wadliwą. Biorąc pod uwagę niezasadność pozostałych zarzutów odwołania uwzględnienie tego zarzutu pozostaje jednak bez wpływu na wynik sprawy.

Mając powyższe na względzie zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP Izba uznała za zasadny, jednakże niemający wpływu na końcowy wynik sprawy odwoławczej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z racji tego, że odwołanie w tej sprawie zostało oddalone Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego związanych z wydatkiem Zamawiającego poniesionym na wynagrodzenia pełnomocnika, tj. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: