

WYROK

Warszawa, dnia 23 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę **Konsultacje Energetyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Płocku**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto i Gminę Drobin w Drobinie**

Uczestnik po stronie zamawiającego: wykonawca **Petra Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ożarowie Mazowieckim**

orzeka:

1. oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.) poprzez jego niezastosowanie, pomimo tego, że oferta wykonawcy **Petra Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ożarowie Mazowieckim** jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2. w pozostałym zakresie odrzuca odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Konsultacje Energetyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Płocku** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę **Konsultacje Energetyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Płocku** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

- kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego – **Miasto i Gminę Drobin w Drobinie** – tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od wykonawcy **Konsultacje Energetyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Płocku** – na rzecz zamawiającego – **Miasta i Gminy Drobin w Drobinie** – kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto i Gmina Drobin w Drobinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup i montaż lamp w technologii LED dla miasta i gminy Drobin.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 29 kwietnia 2024 r. wykonawca **Konsultacje Energetyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Płocku** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności polegających na braku odrzucenia oferty **Petra Energia Sp. z o.o.** (dalej także: przystępujący) i uznaniu tej oferty za najkorzystniejszą i w konsekwencji braku wyboru oferty odwołującego.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez jej niezastosowanie, pomimo tego, że oferta Petra Energia sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2) art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne uwzględnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Petra Energia sp. z o.o.;

3) art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez uwzględnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Petra Energia sp. z o.o. pomimo braku dokonania tego zastrzeżenia jednocześnie ze składanymi dokumentami;

4) art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez uwzględnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Petra Energia sp. z o.o. pomimo braku jakiegokolwiek uzasadnienia takiego działania;

5) art. 16 ustawy P.z.p. poprzez uniemożliwienie odwołującemu dostępu do podstawowych dokumentów złożonych przez innego wykonawcę, a przez to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

6) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego w postaci wyboru oferty Petra Energia Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Petra Energia sp. z o.o. oraz powtórzenia czynności wyboru oferty z uwzględnieniem odrzucenia oferty tego wykonawcy;

ewentualnie:

7) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego w postaci wyboru oferty Petra Energia Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i powtórzenia czynności wyboru oferty.

Ponadto odwołujący wniósł o:

8) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego;

9) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci:

a) pisma odwołującego z dnia 02.04.2024 r. – na okoliczność wnioskowania przez odwołującego o wydanie dokumentów;

b) pisma odwołującego z dnia 09.04.2024 r. – na okoliczność wskazania zamawiającemu zasadności odrzucenia oferty Petra Energia sp. z o.o.;

c) pisma zamawiającego z dnia 16.04.2024 r. - na okoliczność odmowy udostępnienia dokumentów wnioskowanych przez odwołującego;

d) pisma odwołującego z dnia 23.04.2024 r. – na okoliczność wskazania zamawiającemu braku podstaw do odmowy wydania wnioskowanych dokumentów.

Odwolujący podniósł, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z normą art. 505 § 1 ustawy P.z.p., albowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. W przypadku z punktu 4, gdyby doszło do odrzucenia oferty Petra Energia sp. z o.o., to oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, zaś w przypadku z punktu 5, odwołujący miałby możliwość skutecznego zakwestionowania oferty Petra Energia sp. z o.o., co doprowadziłoby do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Gdyby zaś oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, to nie poniósłby szkody wynikającej z braku uzyskania zamówienia i braku osiągnięcia z tego tytułu określonego przychodu oraz zysku.

Odwolujący podkreślił, że oferta Petra Energia sp. z o.o. powinna zostać odrzucona. Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jak zaś wynika z dokumentów w aktach postępowania przetargowego (i o czym odwołujący informował zamawiającego w piśmie z dnia 09.04.2024 r.), Petra Energia Sp. z o.o. złożyła niepoprawnie wypełniony załącznik do oferty pn. Specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia – załącznik 1A. W widniejącej tam tabeli brakuje informacji dotyczącej typu oraz producenta oferowanego sprzętu. Obowiązkiem wykonawcy było zaś wpisanie typu oraz producenta zaoferowanej lampy w formularzu oferty, w którym zawarto szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

W razie gdyby zaś przyjąć, co odwołujący kwestionuje, że w sprawie brak podstaw do odrzucenia oferty Petra Energia Sp. z o.o., to i tak – w ocenie odwołującego – zachodzą podstawy do unieważnienia wyboru oferty oraz

dokonania ponownego wyboru ofert. Jak bowiem wynika z pisma odwołującego z dnia 02.04.2024 r., zwrócił się on do zamawiającego o udostępnienie oferty Petra Energia Sp. z o.o. złożonej w postępowaniu wraz z załącznikami – w szczególności kart katalogowych, certyfikatów, DWU, rysunków technicznych oraz wymaganych oświadczeń dla oferowanych urządzeń, tj.: lamp, słupów, wysięgników, fundamentów potwierdzających spełnienie wymogów stawianych przez zamawiającego. W odpowiedzi odwołujący otrzymał pismo z dnia 16.04.2024 r., w którym zamawiający odmówił wydania tych dokumentów stwierdzając, że Petra Energia sp. z o.o. w bliżej nieokreślony sposób przekonała go do zasadności objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Takie działanie zamawiającego jest sprzeczne z przepisami prawa. Zgodnie bowiem z treścią normy art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ust. 3 tego przepisu stanowi zaś, że „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.”

Odwołujący podniósł, iż – jak wynika z przywołanej normy – dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa niezbędne jest dokonanie tej czynności wraz z przekazaniem dokumentów. W przypadku niniejszego postępowania dokumenty te były załącznikiem do oferty, a więc zastrzeżenie powinno być dokonane wraz ze złożeniem oferty. Tymczasem Petra Energia sp. z o.o. w Formularzu ofertowym wskazała, że: Oświadczam/y, że informacje i dokumenty zawarte w pliku/plikach*: stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913, ze zm.), i zastrzegamy, że nie mogą być one udostępniane (zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa; patrz Rozdział 12 pkt 13 SWZ). Innymi słowy, Petra Energia sp. z o.o. nie wskazała żadnych dokumentów oraz informacji, które są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli zaś takie zastrzeżenie pojawiło się na dalszym etapie postępowania, to z całą pewnością było spóźnione (zważywszy na wyraźne brzmienie przepisu art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p.).

Odwołujący podniósł, że zaniechanie zamawiającego w zakresie udostępnienia dokumentów miało istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem odwołujący został pozbawiony możliwości zakwestionowania zgodności oferty Petra Energia sp. z o.o. z treścią SWZ, co niewątpliwie mogło mieć wpływ na wybranie oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Nie sposób przecież wykluczyć, że gdyby odwołujący miał dostęp do dokumentów niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, to byłby w stanie wykazać okoliczności świadczące o nieprawidłowości wybrania oferty Petra Energia sp. z o.o. Zasadność takiego rozumowania potwierdził m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 06.04.2018 r., sygn. akt VI Ga 114/18.

W ocenie odwołującego, zaniechanie zamawiającego jest tym bardziej poważne, że narusza nie tylko normę art. 18 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., ale również przepis art. 16 tej ustawy, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

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

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 maja 2024 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych,
- 3) pominięcie dowodów z dokumentów o których przeprowadzenie wnosi odwołujący jako niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., a dotyczącego zamawiający wskazał, że odwołujący opiera podniesiony przez siebie zarzut jest to, że Petra Energia Sp. z o.o. niepoprawnie wypełniła załącznik do oferty zatytułowany jako Specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia - załącznik 1A. Odwołujący w swoim odwołaniu wskazuje na brak wpisania w tabelę typu oraz producenta oferowanego sprzętu - rzecz jednak w tym, że wykonawca do składanej przez siebie oferty dołączył informacje dotyczące przedmiotu zamówienia wraz ze szczegółowymi parametrami technicznymi. Z samej zaś specyfikacji technicznej wynika natomiast, że przedmiot zamówienia oferowany przez wykonawcę spełnia wymogi żądane przez zamawiającego. Nadto, nie ma także znaczenia,

że w załączniku 11A do oferty - tabeli użyto słowa "tak" w miejsce słowa "spełnia".

W ocenie zamawiającego brak wpisania w tabeli typu oraz producenta oferowanego sprzętu nie świadczy o braku zgodności złożonej oferty z warunkami zamówienia, albowiem o powyższym można by mówić wówczas, jeśli zaoferowany produkt nie spełniałby wymagań jakich oczekuje zamawiający. To jednak w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający podniósł, że odwołujący nie zaskarżył kwestii wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania, czy zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, a także kwestii samego już uznania przekazanych przez Petra Energia Sp. z o.o. informacji jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa. Zgodnie bowiem z art. 516 ust. 1 pkt 7 odwołanie zawiera m.in. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy. Odwołujący owszem - podniósł w tym zakresie zarzut, jednakże w *petitum* odwołania wyraźnie wskazano, że zaskarżeniu podlega brak odrzucenia oferty Petra Energia Sp. z o.o., uznanie tej oferty za najkorzystniejszą, a w konsekwencji brak wyboru oferty przystępującego. Nie ma natomiast żadnej wzmianki dotyczącej kwestii zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Samo wskazanie zarzutów, bez korelacji z jaką to konkretnie czynnością czy zaniechaniem jest on powiązany, nie może być skuteczne.

Analizując zarzut dotyczący naruszenie art. 16 ustawy P.z.p. przez uniemożliwienie odwołującemu dostępu do podstawowych dokumentów złożonych przez innego wykonawcę, a przez to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania, zamawiający podniósł, że wskazany przepis nie może stanowić samodzielnej podstawy odwoławczej.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Petra Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ożarowie Mazowieckim. Przystępujący w piśmie z dnia 6 maja 2024 roku, w którym zgłosił przystąpienie, oraz w piśmie procesowym z dnia 20 maja 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia nie jest równa i nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy P.z.p. (*dowód: pismo zamawiającego z dnia 10 maja 2024 roku*).

Zgodnie z Sekcją V Kwalifikacja Wykonawców 5.8.) Wykaz przedmiotowych środków dowodowych Ogłoszenie o zamówieniu oraz rozdziałem 3 SWZ „INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH”:

1. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że oferowany sprzęt spełnia wymagania szczegółowo określone w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ.

2. Zamawiający żąda, a Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

2.1. Wypełniony Załącznik nr 1A do SWZ

2.1.1. Dokument należy wypełnić poprzez złożenie oświadczenia spełnia / nie spełnia lub wpisania danych technicznych lub innych wymaganych informacji.

2.2. Opisy, karty katalogowe, dokumentację techniczną itp. proponowanego przez przedmiotu zamówienia. Dokumenty te muszą potwierdzać spełnienie opisanych w SWZ (w tym w Załączniku Nr 1 – Opis przedmiotu zamówienia) minimalnych parametrów przedmiotu zamówienia.

3. Z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów musi jednoznacznie wynikać, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia określone przez Zamawiającego wymagania.

(...)

7. Jeżeli Wykonawca niełoży wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa ust. 2 niniejszego rozdziału SWZ lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie go do ich złożenia, uzupełnienia lub wyjaśnienia w wyznaczonym terminie, zgodnie z art. 107 ustawy Pzp.

Załącznikiem nr 1A do SWZ jest specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia, zawierająca tabelę, którą wykonawcy obowiązani byli wypełnić, podając wymagane przez zamawiającego dane:

		Oferowane materiały/urządzenia równoważne
--	--	--

Parametry techniczne		Wymagania minimalne parametry techniczne lamp solarnych	Typ, producent, dane techniczne, parametry	Dokument/ dokumenty potwierdzające spełnienie kryteriów równoważności określonych w SWZ
Panel	Moc	240 W dwa panele po 120 W		
	Materiał	Ogniwa monokrystaliczne, bi-facial		
	Uchwyt/stelaż panelu PV	Umożliwiający skierowanie go w kierunku południowym oraz pod odpowiednim kątem w stosunku do ziemi		
	Materiał obudowy	Aluminium		
Bateria litowa	Rodzaj	litowo-żelazowo-fosforanowa (LiFePo4)		
	Pojemność	Min. 200 Ah		
	Ilość cykli ładowania	Min. 2 000		
	Umiejscowienie	Zabudowana w głowicy lampy		
Głowica lampy	Moc świetlna	45 W		
	Diody LED	ilość 140 szt.		
	Wydajność LED	190 lm/W		
	Strumień świetlny oprawy	min. 8000 lm		
	Barwa światła	3000 K - 7000 K		
	Temperatura pracy	od -20°C do +60°C		
	Żywotność źródła światła	50 000 h		
	Regulator ładowania:	MPPT zabudowany w głowicy lampy		
	Rozkład światła:	w kształcie skrzydeł nietoperza		
System	Czas świecenia (pełne naładowanie)	2 – 3 deszczowe dni		
Instalacja	Lampy należy zamontować na wysięgniku (ramieniu) stalowym, ocynkowanym, niemalowanym, owalnym, nie krótszym niż 1 m na słupie stalowym, ocynkowanym, niemalowanym, owalnym o wysokości powyżej 6 m do 8 m, alternatywnie: słup z uchylną stopą lub standardowy, kable łączące lampę z panelem PV winny być umieszczone wewnątrz wysięgnika, odległość między lampami – minimum 30 m (pełne pokrycie światłem), wysięgniki lub uchwyty montażowe lamp muszą gwarantować możliwość skierowania strumienia światła pod kątem od 10 do 20 stopni, w celu właściwego doświetlenia terenu.			

Sterowanie/ Zarządzanie trybami pracy lampy	–czujnik zmierzchu –sterowanie pilotem –cztery tryby pracy lampy – dostosowane do warunków klimatycznych różnych pór roku –możliwość programowania indywidualnych trybów pracy adekwatnie do pory roku i potrzeb Zamawiającego: •czas i moc świecenia w określonych godzinach po zmierzchu, przerwa nocna, •opóźnienie załączenia po zachodzie słońca, •czujnik ruchu pozwalający na zwiększenie natężenia światła w przypadku wykrycia ruchu.		
Słupy, wysięgnik	1.Słup Słupy muszą posiadać certyfikaty oraz DWU dla 1 strefy wiatrowej, adekwatnie do masy i powierzchni zamontowanych opraw świetlnych, paneli fotowoltaicznych i ich stelaży oraz wysięgników. Wymagane jest również oświadczenie producenta słupów wskazujące, iż może być on przeznaczony do montażu na nim lamp solarnych oraz wskazujące na maksymalne, dopuszczalne obciążenie słupa masą oraz powierzchnią wiatrową oprawy solarnej wraz z panelem PV, stelażem oraz wysięgnikiem. 2.Wysięgnik Wysięgniki stalowe, ocynkowane, nie krótsze niż 1 m, muszą dawać możliwość wewnętrznego (wewnątrz wysięgnika) przeprowadzenia przewodu łączącego lampę z panelem PV. Wysięgniki lub uchwyty montażowe lamp muszą gwarantować możliwość skierowania strumienia światła pod kątem 10 – 20 stopni, w celu właściwego doświetlenia terenu.		
Fundament	Fundament betonowy, prefabrykowany.		

Zgodnie z informacją zawartą w formularzu:

Uwaga:

Prawą stronę tabeli pn. „Typ, producent, dane techniczne, parametry” należy wypełnić stosując słowa „spełnia” lub „nie spełnia”, zaś w przypadku wyższych wartości niż podane przez Zamawiającego wartości minimalne, należy wpisać oferowane wartości techniczno-użytkowe.

W przypadku, gdy Oferent w którejkolwiek z pozycji wpisze słowa „nie spełnia” lub zaoferuje niższe wartości oferta zostanie odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiada treści SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP). Prawą stronę tabeli pn. „Dokument/dokumenty potwierdzające spełnienie kryteriów równoważności określonych w SWZ” należy wypełnić podając nazwy dokumentów potwierdzających spełnianie kryteriów równoważności określonych w SWZ.

Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą nw. dokumentów potwierdzających spełnienie minimalnych parametrów dotyczących przedmiotu zamówienia, takich jak:

1.1.Słup:

a)Certyfikat właściwości użytkowych,

b)DWU,

c)Rysunek techniczny,

d)Oświadczenie producenta słupów wskazujące, iż może być on przeznaczony do montażu na nim lamp solarnych oraz wskazujące na maksymalne, dopuszczalne obciążenie słupa masą oraz powierzchnią wiatrową oprawy solarnej wraz z

panelem PV, stelażem oraz wysięgnikiem.

1.2. Wysięgnik:

a) Dokumentacja warsztatowa (z informacją o masie produktu),

b) Deklaracja zgodności,

c) Rysunek techniczny.

1.3. Stelaż panelu PV:

a) Dokumentacja warsztatowa (z informacją o masie produktu),

b) Deklaracja zgodności,

c) Rysunek techniczny.

1.4. Fundament:

a) Certyfikat właściwości użytkowych,

b) DWU,

c) Rysunek techniczny.

1.5. Oprawa świetlna

a) Certyfikat CE,

b) Deklaracja zgodności,

c) Karta produktu wystawiona przez producenta (zawierająca informacje o masie oraz wymiarach oprawy wraz z panelem PV) – oryginał. W przypadku karty sporządzonej w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski – w razie wątpliwości uznaje się, iż wersja polskojęzyczna jest wiążąca (dowód: ogłoszenie o zamówieniu, SWZ).

Przystępujący wraz z ofertą złożył wypełniony załącznik 1A, w którym w kolumnie pt.: *Typ, producent, dane techniczne, parametry* nie wpisał typu i producenta zaoferowanych urządzeń. Przystępujący nie złożył przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających minimalne parametry dotyczące przedmiotu zamówienia, takich jak:

1. Słup:

a) Certyfikat właściwości użytkowych,

b) DWU,

c) Rysunek techniczny,

d) Oświadczenie producenta słupów wskazujące, iż może być on przeznaczony do montażu na nim lamp solarnych oraz wskazujące na maksymalne, dopuszczalne obciążenie słupa masą oraz powierzchnią wiatrową oprawy solarnej wraz z panelem PV, stelażem oraz wysięgnikiem.

2. Wysięgnik:

a) Dokumentacja warsztatowa (z informacją o masie produktu),

b) Deklaracja zgodności,

c) Rysunek techniczny.

3. Stelaż panelu PV:

a) Dokumentacja warsztatowa (z informacją o masie produktu),

b) Deklaracja zgodności,

c) Rysunek techniczny.

4. Fundament:

a) Certyfikat właściwości użytkowych,

- b) DWU,
- c) Rysunek techniczny.

5. Oprawa świetlna

- a) Certyfikat CE,
- b) Deklaracja zgodności.

(dowód: oferta przystępującego)

Pismem z dnia 2 kwietnia 2024 roku odwołujący zwrócił się do zamawiającemu z następującym wnioskiem:

Na podstawie art. 74 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) wnosimy o udostępnienie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia dla zadania „Zakup i montaż lamp w technologii LED dla miasta i gminy Drobin” znak sprawy: PZ.271.3.2024 poniższych dokumentów:

oferty złożone w postępowaniu wraz z załącznikami – w szczególności kart katalogowych, certyfikatów, DWU, rysunków technicznych oraz wymaganych oświadczeń dla oferowanych urządzeń, tj.: lamp, słupów, wysięgników, fundamentów potwierdzających spełnienie wymogów stawianych przez Zamawiającego.

Wnosimy o przekazanie żądanych dokumentów w formie plików, które zostały przekazane zamawiającemu (tj. bez ich modyfikacji czy zmiany formy), tak by możliwe było zweryfikowanie również podpisu, którym zostały opatrzone dokumenty. (dowód: pismo z dnia 2 kwietnia 2024 roku).

Pismem z dnia 3 kwietnia 2024 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia / uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, wskazując, co następuje:

Na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), Zamawiający – Miasto i Gmina Drobin, z siedzibą przy ulicy Marszałka Piłsudskiego 12, 09-210 Drobin, wzywa Wykonawcę, do złożenia/uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (zawartych zgodnie z Rozdział III SWZ i Sekcja V Kwalifikacja Wykonawców 5.8.) Wykaz przedmiotowych środków dowodowych Ogłoszenie o zamówieniu).

Stan faktyczny:

Zamawiający żądał, a Wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych (zgodnie z Rozdział 3 SWZ i Sekcja V Kwalifikacja Wykonawców 5.8.) Wykaz przedmiotowych środków dowodowych Ogłoszenie o zamówieniu):

2.1. Wypełniony Załącznik nr 1A do SWZ

2.1.1. Dokument należy wypełnić poprzez złożenie oświadczenia spełnia / nie spełnia lub wpisania danych technicznych lub innych wymaganych informacji.

2.2. Opisy, karty katalogowe, dokumentację techniczną itp. proponowanego przez przedmiotu zamówienia. Dokumenty te muszą potwierdzać spełnienie opisanych w SWZ (w tym w Załączniku Nr 1 – Opis przedmiotu zamówienia) minimalnych parametrów przedmiotu zamówienia.

Z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów musi jednoznacznie wynikać, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia określone przez Zamawiającego wymagania.

Forma złożonych przedmiotowych środków dowodowych musi być zgodna z zapisami Rozdziału 10 ust. 13 SWZ.

W/w Wykonawca wraz z ofertą złożył jedynie wypełniony Załącznik nr 1A do SWZ oraz karty katalogowe na latarnię solarną. Brakuje dokumentacji na pozostałe minimalne parametry dotyczące przedmiotu zamówienia, takich jak:

2.Słup:

- a) Certyfikat właściwości użytkowych,
- b) DWU,
- c) Rysunek techniczny,

d) Oświadczenie producenta słupów wskazujące, iż może być on przeznaczony do montażu na nim lamp solarnych oraz wskazujące na maksymalne, dopuszczalne obciążenie słupa masą oraz powierzchnią wiatrową oprawy solarnej wraz z

panelem PV, stelażem oraz wysięgnikiem.

2. Wysięgnik:

- a) Dokumentacja warsztatowa (z informacją o masie produktu),
- b) Deklaracja zgodności,
- c) Rysunek techniczny.

3. Stelaż panelu PV:

- a) Dokumentacja warsztatowa (z informacją o masie produktu),
- b) Deklaracja zgodności,
- c) Rysunek techniczny.

4. Fundament:

- a) Certyfikat właściwości użytkowych,
- b) DWU,
- c) Rysunek techniczny.

5. Oprawa świetlna

- a) Certyfikat CE,
- b) Deklaracja zgodności,

Zgodnie z zapisami Rozdziału 3 pkt 7 SWZ oraz Sekcja V Kwalifikacja Wykonawców 5.9.) Zamawiający przewiduje uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, 5.10.) Przedmiotowe środki dowodowe podlegające uzupełnieniu po złożeniu oferty Ogłoszenie o zamówieniu, jeżeli Wykonawca nie złoży wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa ust. 2 Rozdziału 3 SWZ lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie go do ich złożenia, uzupełnienia lub wyjaśnienia w wyznaczonym terminie, zgodnie z art. 107 ustawy Pzp.

Przedmiotowe środki dowodowe należy złożyć w terminie do 05.04.2024 r., do godziny 9:00 w formie: elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Pouczenie:

Niezłożenie/nieuzupełnienie/niewyjaśnienie przedmiotowych środków dowodowych, będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp (dowód: pismo z dnia 3 kwietnia 2024 roku).

W dniu 4 kwietnia 2024 roku przystępujący złożył przedmiotowe środki dowodowe. Przystępujący w informacji przekazanej zamawiającemu poprzez platformę zakupową wskazał: *Wszystkie te dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to że przedstawiają informacje istotne dla konkurencyjności naszej firmy w szczególności przedstawiają sposób działania naszego przedsiębiorstwa oraz źródło zaopatrzenia. Część dokumentów stanowi także własność intelektualną* (dowód: informacja z dnia 4 kwietnia 2024 roku).

W piśmie z dnia 5 kwietnia 2024 roku, skierowanym do przystępującego, zamawiający wskazał, co następuje:

Działając na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), Zamawiający – Miasto i Gmina Drobin, z siedzibą przy ulicy Marszałka Piłsudskiego 12, 09-210 Drobin, wzywa Wykonawcę, do wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca ma obowiązek udowodnić ten fakt wraz ze składanym utajnionym dokumentem.

Wyjaśnienie należy złożyć w terminie do 09.04.2024 r., do godziny 12:00 w formie: elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym (dowód: pismo z dnia 5 kwietnia 2024 roku).

Pismem z dnia 8 kwietnia 2024 roku przystępujący udzielił odpowiedzi, w której uzasadnił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz załączył dowody w postaci Regulaminu postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, uchwałę Zarządu z dnia 1.12.2023 roku oraz protokół posiedzenia zarządu z dnia 1 grudnia 2023 roku

(dowód: pismo z dnia 8 kwietnia 2024 roku z załącznikami).

Pismem z dnia 16 kwietnia 2024 roku, przekazanym odwołującemu za pomocą platformy zakupowej w tym samym dniu, zamawiający poinformował odwołującego, co następuje:

Na podstawie art. 6 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 902) oraz art. 74 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023, poz. 1605 z późn. zm.), w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej Burmistrz Miasta i Gminy Drobin udostępnia wnioskowane dokumenty poprzez przesłanie żądanych dokumentów w formie plików, które zostały przekazane zamawiającemu (tj. bez ich modyfikacji czy zmiany formy), tak by możliwe było zweryfikowanie również podpisu, którym zostały opatrzone dokumenty.

Wszystkie pozostałe dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że przedstawiają informacje istotne dla konkurencyjności firmy Petra Energia Sp. z o.o., w szczególności przedstawiają sposób działania tego przedsiębiorstwa oraz źródło zaopatrzenia. Część dokumentów stanowi także własność intelektualną. Działając na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), Zamawiający - Miasto i Gmina Drobin, z siedzibą przy ulicy Marszałka Piłsudskiego 12, 09-210 Drobin, wezwał Wykonawcę, do wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca miał bowiem obowiązek udowodnić ten fakt wraz ze składanym utajnionym dokumentem. Zamawiający uzyskał takie dokumenty od Wykonawcy, uzasadniające zastrzeżenie przez niego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał dostarczone dokumenty jako wystarczające uzasadnienie (dowody: pismo z dnia 16 kwietnia 2024 roku, raport komunikatu publicznego z dnia 16 kwietnia 2024 roku).

Pismem z dnia 23 kwietnia 2024 roku, opublikowanym w tym samym dniu na platformie zakupowej zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej (dowody: pismo z dnia 23 kwietnia 2024 roku, raport komunikatu publicznego z dnia 23 kwietnia 2024 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne uwzględnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Petra Energia sp. z o.o.;
- art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez uwzględnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Petra Energia sp. z o.o. pomimo braku dokonania tego zastrzeżenia jednocześnie ze składanymi dokumentami;
- art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez uwzględnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Petra Energia sp. z o.o. pomimo braku jakiegokolwiek uzasadnienia takiego działania;
- art. 16 ustawy P.z.p. poprzez uniemożliwienie odwołującemu dostępu do podstawowych dokumentów złożonych przez innego wykonawcę, a przez to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, pomimo tego, że oferta Petra Energia sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odnosząc się do zarzutów, które zostały przez Izbę odrzucone, Izba podkreśla, że oparte są one na jednej czynności zamawiającego, tj. na ocenie zasadności zastrzeżenia przez przystępującego informacji wskazanych w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, które to zastrzeżenie zamawiający uznał za zasadne i odmówił ich udostępnienia odwołującemu.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający poinformował odwołującego o odmowie udostępnienia mu zastrzeżonych informacji pismem z dnia 16 kwietnia 2024 roku, które to pismo zostało odwołującemu przekazane w tym samym dniu poprzez platformę zakupową.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Tym samym stwierdzić należy, że termin do wniesienia odwołania na czynność oceny dokonanego zastrzeżenia oraz

zaniechania udostępnienia zastrzeżonych dokumentów odwołującemu upływał w dniu 22 kwietnia 2024 roku (piąty dzień od dnia otrzymania informacji, tj. 21 kwietnia, przypadał w niedzielę, w związku z czym, zgodnie z art. 509 ust. 1 ustawy P.z.p. koniec terminu do wniesienia odwołania upłynął dnia następnego po dniu wolnym od pracy). Odwołanie, w którym zaskarżono czynność oceny zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zostało wniesione w dniu 29 kwietnia 2024 roku, a więc z naruszeniem terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Izba orzekła zatem o odrzuceniu odwołania w zakresie zarzutów, które zostały wniesione po upływie wskazanego terminu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, pomimo tego, że oferta Petra Energia sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jako uzasadnienie zarzutu odwołujący wskazał okoliczność, iż przystępujący złożył niepoprawnie wypełniony załącznik do oferty pn. Specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia – załącznik 1A. W widniejącej tam tabeli brakuje informacji dotyczącej typu oraz producenta oferowanego sprzętu. Obowiązkiem wykonawcy było zaś wpisanie typu oraz producenta zaoferowanej lampy w formularzu oferty, w którym zawarto szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że zamawiający w treści załącznika 1A do SWZ wskazał, w jaki sposób należy wypełnić kolumnę tabeli opisaną jako: „Typ, producent, dane techniczne, parametry”. I tak, zgodnie z informacją zawartą pod tabelą: *Prawą stroną tabeli pn. „Typ, producent, dane techniczne, parametry” należy wypełnić stosując słowa „spełnia” lub „nie spełnia”, zaś w przypadku wyższych wartości niż podane przez Zamawiającego wartości minimalne, należy wpisać oferowane wartości techniczno-użytkowe.*

Z powyższego wynika, że zamawiający nie wymagał wpisania do tabeli typu oraz producenta oferowanego sprzętu, ale jedynie – w przypadku wartości wyższych niż minimalne – wartości techniczno-użytkowe, mimo że informację dotyczącą podania typu i producenta zawarł w opisie kolumny.

Izba wskazuje, że w rozpoznawanym przypadku mogło dojść do sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów SWZ i zachodzi niejednoznaczność SWZ. Z kolei niejednoznaczność postanowień SWZ nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury" Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy P.z.p. (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 70¹ § 4 k.c). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji."

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, że przystępujący – nie wpisując informacji dotyczących typu i producenta oferowanego sprzętu – nie złożył oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Tym samym żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. należy uznać za nieuzasadnione.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy P.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, oraz na podstawie § 8 ust. 1 i 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....