

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **21 lutego 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **8 lutego 2024 r.**

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Prosper” sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, Firma Handlowo-Usługowa „Eliot” w Krakowie, ENERGO-MARKET ZET sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, „Rutex” sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, SEGAS.G. sp.j. z siedzibą w Łosiuwie**, [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa osprzętu do linii napowietrznych nN i SN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.(PZP/TD-CN/04585/2023)* – Część nr 2 pn*Osprzęt do linii napowietrznych niez izolowanych (gołych) nN*

prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A z siedzibą w Krakowie** [„Zamawiający”]

przy udziale uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: **„Energy Partners” sp. z o.o. z siedzibą w Zakrzewie** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z pkt 2 lit. c Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) z uwagi na złożenie w terminie zakreślonym w wezwaniu do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci Deklaracji Zgodności producenta oferowanych w poz. 2/3 i 2/4 uchwytów pętlicowych typu 25-35 i 59-70 z wymaganiami PN-EN 61284:2002 pierwszej strony raportu z badań typu, która nie potwierdza, że badania te zostały przeprowadzone w laboratorium producenta tych wyrobów lub niezależnym laboratorium posiadającym odpowiednią akredytację krajowej jednostki akredytującej lub w laboratorium pod nadzorem niezależnej jednostki certyfikującej wyroby w zakresie spełniania wymagań zawartych w powyżej wskazanej normie zharmonizowanej, czyli niezłożenia w zakreślonym terminie zażądanego przez Zamawiającego w pkt 3.7.2.3. zd. 2. SWZ w zw. z pkt 2. wyjaśnień treści SWZ z 12 grudnia 2023 r. przedmiotowego środka dowodowego, który potwierdzałby zgodność tych wyrobów z warunkami zamówienia w zakresie wymaganej zgodności z tą normą**
2. **Stwierdza naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 2 i 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) i odstępuje od nakazania Zamawiającemu udostępnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, które złożył Przystępujący odpowiednio 4 listopada 2023 r. i 10 stycznia 2024 r., jako zbędnych Odwołującemu wobec rozstrzygnięcia z pkt 1. powyżej.**
3. **Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) **zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) z tytułu uzasadnionych kosztów Odwołujących w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.**
 - 2) **zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołujących kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).**

Na niniejsze 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

TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie [dalej: „Tauron” lub „Zamawiający”] prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) (dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz”, „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn.: *Dostawa osprzętu do linii napowietrznych nN i SN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.*

(PZP/TD-CN/04585/2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 16 sierpnia 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_156 pod poz. 499755.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

26 stycznia 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej w Części nr 2 pn. *Osprzęt do linii napowietrznych niez izolowanych (gołych) nN* oferty złożonej przez „Energy Partners” sp. z o.o. z siedzibą w Zakrzewie {dalej: „Energy Partners”, „EP” lub „Przystępujący”}.

8 lutego 2024 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Prosper” sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, Firma Handlowo-Usługowa „Eliot” w Krakowie, ENERGO MARKET ZET sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, „Rutex” sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, SEGA S.G. sp.j. z siedzibą w Łosiosie, którzy wspólnie również złożyli ofertę w tej części zamówienia {dalej: „Konsorcjum” lub „Odwołujący”} wnieśli odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Energy Partners, a także od innych zaniechań Zamawiającego względem tej oferty.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

- 1.Art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 pkt 1-3 i w zw. z art. 107 ust. 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty EP jako niezgodnej z warunkami zamówienia i jednocześnie z uwagi na brak złożenia w przewidzianym terminie, tj. zarówno wraz z ofertą, jak i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia (które nie powinno być w okolicznościach sprawy wystosowane), wystawionych przez wymagane w SWZ podmioty przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez wyroby zaoferowane w poz. 2/3 i 2/4 Formularza wyceny {dalej również: „FW”} właściwej normy wskazanej w dokumentach zamówienia – a zamiast tego wybranie tej oferty i tym samym przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.
- 2.Art. 18 ust. 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej również: „uznk”} – przez pozytywną ocenę przedstawionego przez EP uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny złożonych 4 listopada 2023 r. oraz wykazu dostaw i dokumentów potwierdzających ich należytą realizację złożonych 10 stycznia 2023 r., pomimo że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub nie zostało to wykazane przez EP, a w konsekwencji zaniechanie udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Ponownego badania i oceny ofert.
- 3.Odrzucenia oferty EP jako niezgodnej z warunkami zamówienia i złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych w postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych.
- 4.Odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez EP wyjaśnień dotyczących ceny oferty wraz z załącznikami oraz podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu dostaw i dokumentów potwierdzających należytą ich realizację.

Z uzasadnienia odwołania wynika następujące sprecyzowanie zarzutów odwołania co do okoliczności faktycznych i prawnych.

{zarzut pierwszy}

{okoliczności faktyczne}

Istotne postanowienia SWZ i załączników do niej odnośnie określenia wymagań przedmiotowych i wymaganych przedmiotowych środków dowodowych [podkreślenia za odwołaniem].

§ 19 ust. 10 Projektu Umowy – załącznika nr 7 do SWZ (str. 61. pliku pn. „38-SWZ”) *Integralnymi składnikami Umowy są następujące dokumenty: 1) Załącznik nr 1 do Umowy – Szczegółowa specyfikacja Przedmiotu Umowy 2) Załącznik nr 2 do Umowy – Wymagania techniczne 3) Załącznik nr 3 do Umowy – Opis przedmiotu zamówienia 4) Załącznik nr 4 do Umowy – Lista Oddziałów Zamawiającego*

W pkt 2. Załącznika nr 1 – „Normy” (str. 69. pliku pn. „38_SWZ”) do Załącznika nr 2 do Umowy – „Wymagania techniczne dla osprzętu do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A.” {dalej również: „Wymagania techniczne”} (od str. 63. pliku pn. „38_SWZ”) w ramach określenia norm, których wymagania musi spełniać osprzęt do niez izolowanych linii napowietrznych wskazano m.in. PN-EN 61284:2002 – wersja polska: Elektroenergetyczne linie napowietrzne. Wymagania i badania dotyczące osprzętu.

W Załączniku nr 2 – „Wymagania jakości” do „Wymagań technicznych” szczegółowo opisano wymagania dotyczące wymaganych od wykonawców: Deklaracji zgodności (w pkt 1.), Certyfikatów zgodności (w pkt 2.), i Raportów z badań (w pkt 3.). W szczególności w pkt 2.2. wskazano, że na potwierdzenie spełniania norm wymagany jest certyfikat, przy czym dopuszczono również Deklarację zgodności z pierwszą stroną z Raportu z badań typu umożliwiającą

identyfikację, na zgodność z jaką normą przebadano uchwyty, zaciski i złączki.

W pkt 3.7 SWZ „Wymagania dla dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia tych wymagań”:

3.7.1 Wymaga się, aby oferowany produkt spełniał wymagane przez Zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w szczegółowym opisie Przedmiotu Zamówienia, o którym mowa w pkt 2.1.2. SWZ.

3.7.2 Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania dla poszczególnych części, Wykonawca przekaże Zamawiającemu:

W zakresie osprzętu do linii napowietrznych nN:

3.7.2.1 Deklaracje zgodności producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela/importera dla wszystkich zaoferowanych wyrobów do izolowanych i nieizolowanych linii napowietrznych nN potwierdzających, że oferowany wyrób spełnia wymagania odpowiednich norm określonych w Załączniku nr 2 do Projektu Umowy „Wymagania techniczne dla osprzętu do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A.” stanowiącej Załącznik nr 7 do SWZ.

3.7.2.2 (...)

3.7.2.3 Certyfikat Zgodności dla osprzętu do nieizolowanych Unii napowietrznych nN tj. uchwytów, zacisków i złączek potwierdzający zgodność osprzętu z odpowiednimi normami określonymi w Załączniku nr 2 do Projektu umowy „Wymagania techniczne dla osprzętu do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A.” stanowiącej Załącznik nr 7 do SWZ. Zamawiający dopuszcza Deklarację Zgodności z pierwszą stroną raportu z badań typu umożliwiającą identyfikację na zgodność z jaką normą przebadano uchwyty, zaciski i złączki. (...)

W ramach Formularza wyceny z Załącznika nr 1 do SWZ (odrębny plik Excel), wykonawcy zobowiązani byli wskazać ceny i producenta oferowanego osprzętu, w tym dla:

- poz. 2/3 – Uchwyt pętlicowy-śrubowy do zamykania pętli przewodów AL, AFL-6 o przekroju 25-35 mm²;

- poz. 2/4 – Uchwyt pętlicowy-śrubowy do zamykania pętli przewodów AL, AFL-6 o przekroju 50-70 mm².

W odniesieniu do poz. 2/3 i 2/4 wpłynęły wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, na które Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi.

W „Odpowiedziach na pytania 3” z 6 września 2023 r.:

Pytanie nr 2

Zwracamy się z prośbą o udzielenie odpowiedzi dotyczący asortymentu z zadanie 2 – poz. 3 do 6.

Czy zamawiający dla tych pozycji dopuszcza złożenie przez producenta tylko deklaracji zgodności z obowiązującymi i przywoływanymi przez Zamawiającego normami. Certyfikaty na ten asortyment ma tylko jeden producent i monopolistyczna jego postawa może spowodować zawyżenie cen na ten asortyment co spowoduje niekorzystne skutki finansowe u Zamawiającego. Dopuszczenie innych polskich producentów produkujących zgodnie z normami a nie posiadających z uwagi na wysoki koszt aktualnych certyfikatów badań pozwoli na zwiększenie konkurencyjności tego zadania.

Poniżej lista asortymentu:

poz. 3 Uchwyt pętlicowy-śrubowy do zamykania pętli przewodów AL, AFL-6 o przekroju 25-35 mm²

poz. 4 Uchwyt pętlicowy-śrubowy do zamykania pętli przewodów AL, AFL-6 o przekroju 50-70 mm²

(...)

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Zgodnie z punktem 3.7.2.3. SWZ, Zamawiający dla osprzętu do nieizolowanych linii napowietrznych nN tj. uchwytów, zacisków i złączek, obok Certyfikatu Zgodności dopuszcza Deklarację Zgodności z pierwszą stroną raportu z badań typu umożliwiającą identyfikację na zgodność z jaką normą przebadano uchwyty, zaciski i złączki.

(...)

W „Odpowiedziach na pytania 5” z 12 grudnia 2023 r.:

Pytanie nr 2

Pytanie dotyczy raportów z badań odnośnie pozycji od 3 do 6 z zadania 2, uchwyty pętlicowe i zaciski prądowe.

Zgodnie z odpowiedzią uzyskaną od Zamawiającego odpowiedź 3 na pytanie 2: (...)

Zwracamy się z pytaniem o precyzyjne określenie i doprecyzowanie danych odnośnie laboratorium przeprowadzającego badania i wydającego dokument raport z badań potwierdzający zgodność z określonymi normami i raporty których laboratoriów dopuszcza Zamawiający: 1) laboratorium producenta wyrobu 2) laboratorium niezależne 3) laboratorium niezależne posiadające akredytacje BBJ 4) laboratorium przeprowadzające certyfikację wyrobu.

Prosimy również o określenie maksymalnego okresu kiedy dane badania miało być przeprowadzane. Niektórzy producenci dysponują archiwalnymi raportami z badań z przed [sprzed] kilkunastu lat dlatego chcemy poznać stanowisko

zamawiającego odnośnie archiwalnych raportów w odniesieniu do rzeczywistych wyników pomiarów opartych o nowe normy w zakresie pomiarów wartości elektrycznych.

Prosimy również o odpowiedź czy Zamawiający dla powyższych pozycji wymaga Raportu z badań w odniesieniu do każdego z zakresu łączonych przewodów czy dopuszcza badany tylko jeden zakres przewodów.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ i potwierdza, że dopuszcza badania typu w laboratorium producenta wyrobu lub laboratorium niezależnym posiadającym odpowiednią akredytację krajowej jednostki akredytującej np. Polskiego Centrum Akredytacji w Warszawie typu AB lub w laboratorium pod nadzorem niezależnej jednostki certyfikującej. Badania powinny być przeprowadzone na zakres przekrojów obejmujący zakres przekrojów określony w danej pozycji asortymentowej lub szerszy przedmiotu Zamówienia. Badania powinny być przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi normami określonymi w SWZ.

(...)

Niniejsze pismo stanowi integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W Formularzu wyceny EP zaoferowało m.in. osprzęt producenta „Bielsin”: dla poz. 2/3 jw. – typ UP/A 25-35, dla poz. 2/4 jw. – typ UP/A 50-70, dla których załączył (str. 16.-19. pliku pn. „Certyfikaty i raporty z badań – tajemnica przedsiębiorstwa-sig, odtajnionego 28 listopada 2023 r. przez Zamawiającego):

1) Deklarację zgodności wystawioną 15 marca 2023 r. przez Spółdzielnię „Bielsin” z Bielsko-Białej jako producenta uchwytów pętlicowych typu 10-16, 25-35, 50-70 dla potwierdzenia ich zgodności z wymaganiami PN-EN 61284:2002 (str. 4. pliku pn. „deklaracje zgodności-sig”);

2) Wystawione odpowiednio 3 i 30 grudnia 1996 r. przez Instytut Energetyki w Warszawie atesty odpowiednio nr 397 i 408 zgodności z wymaganiami PN-91/E-06400/02 – Osprzęt linii napowietrznych i stacji. Osprzęt z przewodami giętkimi.

2 listopada 2023 r. pismem znak: WZU/AZR/38(II)/504/2023 Zamawiający zwrócił się do EP na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy pzp, o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych (plik 12 pn. „38_11 Energy Partners wez. art. 128 i art. 107 ust. 2- dostawa osprzętu do sieci nN_SN”), wskazując, że:

2) Zamawiający działając stosownie do regulacji art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywa Wykonawcę do złożenia dokumentów, o których mowa w pkt 3.7 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w zakresie Zadania nr 2.

Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności względem wymagań technicznych:

Dla pozycji 2/3, 2/4 w Formularzu Wyceny stanowiącym załącznik nr 1 do Oświadczenie w SWZ – Zamawiający dla uchwytów wymagał Deklaracji Zgodności z raportem z badań lub Certyfikat Zgodności na normę PN-EN 61284:2002 – wersja polska: Elektroenergetyczne linie napowietrzne. Wymagania i badania dotyczące osprzętu.

Dostarczono Atest nr 408 i Atest 397 na normę PN-91/N-06400/02.

Prosimy o uzupełnienie ww. dokumentów.

Brzmienie odpowiedzi EP: ...przesyłam w załączeniu: 1. Oświadczenie o spełnieniu wymagań określonych w Załączniku nr 2 do Projektu umowy (Załącznik nr 7 d o SWZ) „Wymagania techniczne dla osprzętu do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A.” (zgodnie z wzorem oświadczenia zawartym w Załączniku nr 10 do SWZ); 2. Deklarację Zgodności wraz z pierwszą stroną raportu z badań na normę PN-EN 61284:2002 – wersja polska: Elektroenergetyczne linie napowietrzne. Wymagania i badania dotyczące osprzętu – dla pozycji 2/3, 2/4. Załącznik zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Energy Partners Sp. z o.o. zgodnie z załączonym uzasadnieniem. Jednocześnie zwracamy uwagę, że zawarte w wezwaniu żądanie przedstawienia Deklaracji Zgodności z raportem z badań jest bezpodstawne, ponieważ zgodnie z punktem 3.7.2.3 SWZ dla osprzętu do niez izolowanych linii napowietrznych nN tj. uchwytów, zacisków i złączek [...] Zamawiający dopuszcza Deklarację Zgodności z pierwszą stroną raportu z badań typu umożliwiającą identyfikację na zgodność z jaką normą przebadano uchwyty, zaciski i złączki”. (...)

Do pisma załączono odnoszący się do uchwytów pętlicowych typu UP/A 10-16 (10-16 mm²), UP/A 25-35 (25-35 mm²) i UP/A 50/70 (50-70 mm²), wyprodukowanych przez Spółdzielnię „Bielsin” z Bielsko-Białej, Raport z badań nr EP/LAB/130/2022, przeprowadzonych w okresie 10-14 marca 2022 r. na zlecenie Energy Partners sp. z o.o. z Zakrzewa w Laboratorium Badawczym i Certyfikującym EP Lab, mieszczącym się przy ul. Poznańskiej 22A w Tarnowie Podgórnym, podpisany przez mgr inż. P.S. i opatrzony pieczęcią o treści: „EP Lab Laboratorium Elektrotechniczne Fizykochemiczne i Mechaniczne ul. Poznańska 22A, 62-070 Tarnowo Podgórne”.

Brak informacji, aby tak wskazany podmiot miał akredytację typu AB, tj. był akredytowaną jednostką badawczą lub znajdował się pod nadzorem niezależnej jednostki certyfikującej. Nie jest to również żadne z sześciu laboratoriów badawczych, którym PCA udzieliła akredytacji w zakresie normy PN-EN-61284:2002 [w odwołaniu zawarto listę tych podmiotów oraz opisano sposób, w jaki ją wygenerowano ze strony internetowej <https://www.pca.gov.pl>].

{okoliczności prawne}

Przepis art. 107 ust. 2 ustawy pzp jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, ale w ograniczonym zakresie. W odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych ustawodawca nie umożliwił szerokiego uzupełniania dokumentów, tak jak dla podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy pzp zamawiający wzywa do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dowodów, które są niekompletne lub zawierają błędy). Natomiast tryb z art. 107 ust. 2 pzp nie dopuszcza uzupełniania dokumentów zawierających błędy, co należy rozumieć jako błędy merytoryczne.

Jak to wywiedziono w komentarzu do Prawa zamówień publicznych wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych (wyd. II):

3. Zakres uzupełnienia. Art. 107 ust 2 Pzp przewiduje, że uzupełnieniu mogą podlegać wyłącznie niezłożone lub złożone, ale niekompletne przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający, który przewidział możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, będzie zobowiązany w przedmiocie tego uzupełnienia wyłącznie do zażądania od wykonawcy: 1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie został złożony, 2) uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część.

Art. 107 Pzp nie upoważnia natomiast zamawiającego do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwości lub nie potwierdza, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego. (...) Jeżeli braki w obrębie dokumentów przedmiotowych nie zostały usunięte (pomimo skorzystania z normy art. 107 ust. 2 Pzp) lub dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich zamawiający wymagał od dokumentu, oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art: 226 ust 1 pkt 2 lit c) Pzp.

Analogiczne stanowisko jest wyrażane w orzecznictwie: *Wezwanie z art. 107 ust 2 pzp należy stosować niezwykle rozważanie, ponieważ co do zasady przepis ten nie znajdzie zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie jest wystarczająca do pozytywnej oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego [z uzasadnienia wyroku Izby z 28 marca 2022 r. sygn. akt KIO 664/22].*

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w pkt 1. *petitum* odwołania, wywodząc dodatkowo, co następuje.

Po pierwsze, że ponieważ złożone przez EP wraz z ofertą atesty są kompletne (potwierdzają zgodność z wycofaną 21 marca 2002 r. PN), ale stanowią błędny (niepotwierdzający spełnienia wymaganej PN-EN i wystawiony po przeprowadzeniu badań w innym niż wymagane laboratorium) dokument, nie było podstaw faktycznych i prawnych do wzywania w trybie art. 107 ust. 2 ustawy pzp, a zamiast tego Zamawiający powinien odrzucić ofertę EP na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c i pkt 5 ustawy pzp. Niedopuszczalne jest bowiem zastąpienie przedmiotowego środka dowodowego niepotwierdzającego spełnienia wymagań przedmiotowych innym, który je potwierdza.

Po drugie (i niezależnie od powyższego), że złożony w ramach wezwania do uzupełnienia raport z badań nie jest wymaganym przedmiotowym środkiem dowodowym, gdyż został wystawiony przez laboratorium własne Energy Partners, które nie jest ani laboratorium producenta przebadanych wyrobów, ani niezależnym laboratorium posiadającym akredytację krajowej jednostki akredytującej w zakresie wymaganej normy, ani laboratorium nadzorowanym przez niezależną jednostkę certyfikującą posiadającą taką akredytację.

{zarzut drugi}

{okoliczności faktyczne}

Energy Partners objęło w całości tajemnicą przedsiębiorstwa złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące ceny cały tekst wyjaśnień ceny [plik pn. „wyjaśnienie dot. kalkulacji ceny z załącznikami – tajemnica przedsiębiorstwa.zip”].

W ramach uzasadnienia zastrzeżenia EP wpięrow wyraziło przekonanie, że zastrzeżone przezeń informacje spełniają wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk, a następnie wywiodło, jak poniżej [cytaty za odwołaniem].

Zarówno odpowiedź na wezwanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny zaoferowanej w Zadaniu nr 2 w przedmiotowym postępowaniu, jak i zastrzeżone dokumenty zawierają informacje dotyczące struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa, wysokości wynagrodzeń, relacji z wybranymi kontrahentami, warunków handlowych, źródeł dostaw produktów gotowych oraz komponentów. Poszczególne dokumenty zawierają również dane osobowe, które nie mogą zostać ujawnione. Ze względu na brak możliwości wydzielenia z treści odpowiedzi oraz załączników fragmentów podlegających zastrzeżeniu oraz zważywszy na fakt, że nawet sam układ graficzny dokumentu może wskazywać na określony podmiot, który go używa, dokumenty te muszą podlegać zastrzeżeniu w całości.

Informacje zawarte w dokumentach zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, nie są udostępniane przez Energy Partners Sp. z o.o. do wiadomości publicznej...

Zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą. Pozyskanie ich mogłoby ułatwić wykonawcom,

nieposiadającym obecnie wystarczającego doświadczenia, przygotowanie konkurencyjnych ofert.

(...)

Ujawnienie treści zastrzeżonych przez Energy Partners Sp. z o.o. informacji dające możliwość wykorzystania ich przez firmy konkurencyjne mogłoby spowodować osłabienie pozycji rynkowej firmy Energy Partners Sp. z o.o. i w efekcie wyrządzenie szkody o znacznej wartości.

Analogiczne sformułowania zawierało uzasadnienie objęcia przez EP złożonych wraz z ofertą certyfikatów i raportów tajemnicą przedsiębiorstwa, które to zastrzeżenie Zamawiający uznał za bezskuteczne m.in. z powodu niesprostania obowiązkowi wykazania wartości gospodarczej, od czego EP nie wniosło środków zaskarżenia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego 10 stycznia 2024 r. Energy Partners wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi złożyło w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.8. SWZ, „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Zamawiający nie udostępnił Konsorcjum ani wykazu dostaw EP, ani dokumentów potwierdzających należyłą ich realizację.

W ramach uzasadnienia zastrzeżenia EP wpięrow wyraziło przekonanie, że zastrzeżone przezeń informacje spełniają wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk, a następnie wywiodło, jak poniżej [cytaty za odwołaniem].

...nie jest możliwe częściowe udostępnienie danych zawartych w dokumentach zastrzeżonych, gdyż są ze sobą powiązane i wzajemnie od siebie zależne. Ujawnienie poszczególnych elementów może rodzić ryzyko automatycznego ujawnienia pozostałych, a co najmniej ułatwia ich wykrycie. Zastrzeżone dokumenty zostały wydane przez kontrahentów na prośbę dotyczącą użycia ich na potrzeby bieżącego postępowania, a wystawiający je kontrahenci zobowiązali Energy Partners Sp. z o.o. do zapewnienia poufności zawartych w nich informacji. Na przykład, w zakresie ochrony tajemnicy informacji poufnych, na mocy stosownych porozumień i umów Energy Partners Sp. z o.o. jest odpowiedzialna za działania osób i podmiotów, którym te informacje powierza, w takim samym stopniu, jak za działania własne. Zobowiązanie obejmuje zapewnienie prawidłowej ochrony, przechowywania i transferu informacji poufnych, w tym stosowania odpowiednich dla profesjonalnego charakteru działalności oraz adekwatne do formy i sposobu utrwalenia tych informacji procedur i mechanizmów zabezpieczające przed ich utratą, kradzieżą, powieleniem, zniszczeniem, zgubieniem lub dostępem osób nieupoważnionych. Naruszenie tych zobowiązań wiąże się z możliwością ponoszenia odpowiedzialności cywilnoprawnej i koniecznością zapłaty kar umownych.

(...)

Zastrzeżone informacje dotyczą one między innymi obrotów handlowych realizowanych z grupą podmiotów w zakresie określonego rodzaju produktów. ...warunki współpracy z kontrahentami mogą stanowić przykład tajemnicy przedsiębiorstwa: „...Dlatego też bezprawne pozyskanie, wykorzystanie bądź ujawnienie warunków współpracy z kontrahentami w postaci uzyskiwanych marż i udzielanych upustów stanowi typowy akt naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oczywiście przy założeniu spełnienia przez dysponenta tajemnic pozostałych przesłanek ochrony.” (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, praca zbiorowa pod red. J. Szważy, wyd. Beck 2019, komentarz do art. 11.

Zastrzeżone wykaz usług i dokumenty potwierdzające należyłą ich realizację ...pozwalają oszacować poziom relacji biznesowych Energy Partners Sp. z o.o. pomiędzy z tymi podmiotami. Mają też umożliwiać rozpoznanie strategii rynkowej EP, pozwalając konkurentom na ...bardziej precyzyjne podejmowanie działań biznesowych, niż w sytuacji braku takich informacji, co pozwoliłoby im na modyfikację strategii biznesowych i odebranie EP części zysku.

Ponieważ kontrahenci traktują wszelkie informacje handlowe jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, EP jest zobowiązana do objęcia tajemnicą dokumentów, które zawierają tego typu informacje, dotyczące relacji z danym kontrahentem.

Nażalenie takiej kary umownej za ujawnienie informacji skutkowałoby utratą dotychczasowych relacji biznesowych i koniecznością poniesienia kosztów nawiązania nowych relacji w wysokości co najmniej kilkudziesięciu tysięcy złotych. EP oszacowało na wartość zastrzeżonych informacji na nie mniej niż 50 tys. zł, jest to ...kwota odpowiadająca wysokości kary umownej będącej konsekwencją ujawnienia tych informacji [koniec opisu treści uzasadnienia zastrzeżenia].

Jednocześnie EP załączyło jako dowody [cytaty za odwołaniem]: 1) zobowiązanie do zachowania tajemnicy; 2) oświadczenie o zapoznaniu się z regulaminem zakładowym, zasadami BHP i zakresem informacji objętych tajemnicą; 3) oświadczenie o zapoznaniu się z Regulaminem pracy oraz wynagradzania pracowników EP; 4) wyciąg z umowy na dostawę sukcesywną nr 3200006161 zawartej 10 lipca 2020 r. pomiędzy PGE Dystrybucja S.A z siedzibą w Lublinie a Energy Partners sp. z o.o. [Po dokonaniu wyboru Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nr 0402/OŁD/MM/2020 prowadzonego przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę złączek i końcówek do kabli i przewodów nN i SN („Postępowanie”), została zawarta pomiędzy Stronami Umowa o następującej treści: ...], w którym zaczerniono informacje odnoszące się m.in. do przedmiotu, wartości, okresu obowiązywania i

miejsca wykonania umowy, waloryzacji wynagrodzenia, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, pozostawiając jawną „Klauzulę poufności”; 5) kopia fragmentów regulaminu pracy EP; 6) fotografia drzwi niewiadomego pochodzenia (bez podania lokalizacji, daty jej wykonania i innych metadanych); 7) zdjęcie komunikatu o odmowie dostępu niewiadomego pochodzenia; 8) kopia instrukcji ruchu dla podmiotów zewnętrznych z 23 listopada 2023 r.; 9) kopia zobowiązania do poufności, w którym Voltex sp. z o.o. {dalej: „Voltex”} zobowiązała Energy Partners jako swojego dostawcę do zachowania w poufności informacji uzyskanych w wyniku tej współpracy; 10) kopia zobowiązania do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa (klauzula poufności) z 18 marca 2023 r., w którym Pani M.N. reprezentująca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Orion” {dalej: „Orion”} oświadcza, że EP ma obowiązek zachować w tajemnicy wszelkie informacje, których ujawnienie mogłoby narazić Oriona na szkodę.

W ramach uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Energy Partners samo ujawniło część danych, które miałyby stanowić tajemnicę – w ramach wskazującego na konkretnych kontrahentów opisu dowodów z pkt 5), 9) i 10) powyżej. Przy czym PGE Dystrybucja S.A. jest zamawiającym na gruncie ustawy pzp oraz wiadomo, co było przedmiotem tej umowy i kiedy została ona zawarta. Natomiast referencje, jako z założenia skierowane do nieograniczonego kręgu podmiotów i mające na celu polecenie kontrahenta, tym bardziej nie są tajemnicą w sytuacji, gdy wiadomo przez kogo zostały wystawione.

{okoliczności prawne}

Odwołujący powołał się na orzecznictwo w sprawach dotyczących art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 uznk, z którego wynikają następujące tezy.

Po pierwsze, zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentacji tego postępowania jest wyjątkiem od niej. Stąd zamawiający w ramach badania dokumentów zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa powinien stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* (zakazu wykładni rozszerzającej wyjątki) [zacytowano stosowne fragmenty uzasadnień dwóch wyroków Izby].

Po drugie, oznacza to obowiązek wykazania czyli dowiedzenia przez wykonawcę łącznego wystąpienia wszystkich trzech przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie tylko zadeklarowania ich spełnienia. Przy czym akcentuje się w szczególności obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, co nie może sprowadzać się do ogólnikowych zapewnień i argumentów, które mogłyby się w zasadzie odnosić do każdego rodzaju informacji [patrz fragmenty uzasadnień kilku wyroków Izby na str. 31.-33.odwołania].

Po trzecie, co do zasady informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, dat rozpoczęcia i zakończenia, a także odbiorców dostaw lub usług nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokumenty potwierdzające wykonanie umów na rzecz podmiotów prywatnych nie mogą być uznane *per se* za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie bez wykazania [patrz fragmenty uzasadnień kilku wyroków Izby na str. 35.-36.odwołania]. Z kolei referencje są ze swej istoty wystawiane z przeznaczeniem dla nieokreślonej liczby podmiotów, które są zainteresowane ich treścią [patrz fragment uzasadnienia wyroku Izby zacytowany na dole str. 37. odwołania].

Przede wszystkim w wyroku z 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej: „Trybunał” lub „TSUE”} orzekł: *Co się tyczy przede wszystkim stosownego doświadczenia oferentów i referencji, jakie dołączają oni do ofert na potwierdzenie tego doświadczenia i swoich zdolności, należy stwierdzić, że takich informacji, odpowiadających w znacznym stopniu informacjom wymienionym w załączniku XII do dyrektywy 2014/24, do którego odwołują się w szczególności art. 60 i 63 tej dyrektywy, nie można uznać w całości za poufne. W przypadku gdy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie może on zasadnie żądać, aby zachowano w całości lub w przeważającej części poufność wykazu uzyskanych zamówień lub zrealizowanych projektów, dzięki którym zdobył on stosowne doświadczenie na potrzeby danego zamówienia publicznego, a także referencji pozwalających na potwierdzenie tego doświadczenia.*

Po czwarte, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni liczyć się z faktem, że ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego czy też ocenie w kryteriach oceny ofert [patrz fragment uzasadnienia wyroku Izby zacytowany na dole str. 36. odwołania].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w pkt2. *petitum* odwołania, wywodząc dodatkowo, że Energy Partners nie sprostало obowiązkowi wykazania spełnienia się przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 uznk.

EP nie wykazało, że kalkulacja zawarta w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty jest oparta na jakiejś metodologii posiadającej określoną wartość gospodarczą. W uzasadnieniu operuje ogólnikami, zamiast jasnego wskazania, jaka to konkretnie wartość i z czego ona wynika. Brak jest opisanie i wykazania, jakich kosztów EP mogłoby

zaoszczędzić w związku z ujawnieniem tajemnicy lub jakie zyski mógłby stracić na skutek ujawnienia zastrzeżonych informacji.

Natomiast zacytowane powyżej fragmenty uzasadnienia zastrzeżenia są ogólnikowe i mogłyby zostać użyte przez każdego wykonawcę w ramach postępowania na dowolny przedmiot zamówienia, podobnie jak zostały użyte przez EP dla uzasadnienia zastrzeżenia certyfikatów i raportów.

Prowadzi to do wniosku, że zastrzeganie przez Energy Partners składanych dokumentów jako tajemnicy ma na celu jedynie uniemożliwienie konkurencji zapoznania się z ich treścią.

Jeżeli realizowane na rzecz zidentyfikowanych powyżej podmiotów dostawy rzeczywiście ujęte są w wykazie, powinny zostać odtajnione przez Zamawiającego, gdyż stanowią informacje publiczne dostępne, które można pozyskać w zwykłej drodze. Wobec ujawnienia nazw kontrahentów, trudno również uznać, aby ewentualna informacja o wartościach dostaw mogła posiadać jakąkolwiek wartość gospodarczą, gdyż chodzi tu o zagregowane kwoty, z których nie wynika poziom marż, upustów itp.

Niczego nie dowodzi również zacytowana powyżej klauzula poufności z tych umów, gdyż nie może ona być skuteczna w odniesieniu do informacji, których dostępność wynika wprost z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. W szczególności oczywiste jest, że PGE Dystrybucja S.A. nie może naliczyć kary umownej za informację, która sama udostępnia na wniosek zainteresowanych. Natomiast skoro fakt współpracy z pozostałymi dwoma zidentyfikowanymi przedsiębiorcami został również ujawniony, bezprzedmiotowe są powyżej zacytowane wywody EP odnośnie rzekomych skutków ujawnienia danych objętych wykazem dostaw.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 20 lutego 2024 r. wniósł o jego oddalenie, podnosząc w szczególności następujące okoliczności i argumentację.

{ad zarzutu pierwszego}

W razie skorzystania z przewidzianej w pkt 3.7.2.3. SWZ możliwości złożenia deklaracji zgodności z pierwszą stroną raportu z badań kompletność przedmiotowego środka dowodowego zachodzi w przypadku złożenia obu tych dokumentów.

W udzielonych wyjaśnieniach [zacytowanych w odwołaniu] Zamawiający nie wskazał, że pod pojęciem „laboratorium producenta” rozumie tylko producenta zaoferowanego wyrobu.

Ponieważ Energy Partners jest producentem szeregu innych wyrobów zaoferowanych w części nr 2, tj. uchwytów, zacisków lub złączek (poz. nr 2/5, 2/6, 2/11, 2/12, 2/13 i 2/14), należało uznać, że również objęte uzupełnionym raportem badania uchwytów pętlcowych z poz. nr 2/3 i 2/4 zostały przeprowadzone w laboratorium producenta wyrobu.

Przy czym dla Zamawiającego kluczowe znaczenie miało, że według tego uzupełnionego raportu zaoferowane w tych dwóch pozycjach wyroby spełniają wymagania PN-EN 61284:2002.

{ad zarzutu drugiego}

W odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny Energy Partners skutecznie zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty zawierające informacje dotyczące struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa, wysokości wynagrodzeń, relacji z wybranymi kontrahentami, warunków handlowych, źródeł dostaw produktów gotowych oraz komponentów. Poszczególne dokumenty zawierają również dane osobowe.

Zamawiający doszedł do przekonania, że dokumenty te nie mogą zostać ujawnione, a jednocześnie spełnione zostały kumulatywnie wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przy czym zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 19/23 uzasadnienie zastrzeżenia przekazywanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację, zaś złożenie dowodów należy ocenić pozytywnie, jako działanie mające na celu uwiarygodnienie informacji zawartych w złożonym oświadczeniu. Takie stanowisko podzieliła również Izba w uzasadnieniu wyroku z 4 stycznia 2024 r. sygn. akt KIO 3743/23.

Do tożsamesgo wniosku co do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający doszedł również w związku ze złożonymi przez Energy Partners podmiotowymi środkami dowodowymi w postaci wykazu dostaw i dokumentów potwierdzających ich należyłą realizację, gdyż zawierają one między innymi informacje dotyczące obrotów handlowych realizowanych z grupą podmiotów w zakresie określonego rodzaju produktów. Jednocześnie EP należycie uzasadniło tajemnicę przedsiębiorstwa i przedstawiło dowody podjęcia środków ochrony zastrzeżonych informacji.

Przystępujący w piśmie procesowym z 21 lutego 2024 r. również wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc w szczególności następujące okoliczności i argumentację.

{ad zarzutu pierwszego}

Złożenie deklaracji zgodności producenta wyrobów zaoferowanych w poz. 2/3 i 2/4 z atestami nr 408 i 397 zgodności z PN-91/N-06400/02, ale bez pierwszej strony Raportu z badań nr EP/LAB/130/2022, do którego załącznikami są te atesty [jako wymienione na pierwszej str. raportu], omyłkowo załączone zamiast pierwszej strony raportu, wskazuje

na niekompletność przedmiotowych środków dowodowych dopuszczonych w pkt 3.7.2.3. SWZ zamiast certyfikatu.

Laboratorium Badawcze i Certyfikujące EP LAB ma status zarówno laboratorium producenta wyrobu, jak i laboratorium będącego pod nadzorem niezależnej jednostki certyfikującej (co wynika z pełnej treści powyższego raportu).

{ad zarzutu drugiego}

Przystępujący, poza argumentacją analogiczną jak podniesiona w odpowiedzi na odwołanie, powołał się na orzecznictwo w sprawach dotyczących art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 uznk, następująco odnosząc prezentowane tezy do przyjętego przez siebie sposobu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po pierwsze, oceny uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa należy dokonywać biorąc pod uwagę treść zastrzeżonych informacji [zacytowano stosowny fragment uzasadnienia wyroku Izby z 29 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 90/18].

Poszczególne elementy opisane w ramach uzasadnienia znajdują odpowiednie odzwierciedlenie w treści wyjaśnień lub załączonych do nich dokumentów: relacje z wybranymi kontrahentami, warunki handlowe, źródła dostaw produktów gotowych i komponentów – w pkt 2.-3. i zał. nr 2-4 i 6; informacje dotyczące struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa w pkt 3. i 5. oraz zał. nr 5; wysokość wynagrodzeń – w zał. nr 7.

Po drugie, obowiązku wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie można utożsamiać z obowiązkiem udowodnienia tych okoliczności, stąd złożenie dowodów nie jest warunkiem koniecznym skuteczności wykazania [oprócz tego samego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie co w odpowiedzi na odwołanie zacytowano stosowane fragmenty z uzasadnień dwóch wyroków Izby].

Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji objętych wyjaśnieniami ceny została opisana jako polegająca na tym, że pozyskanie wiedzy o kosztach oraz założeniach dotyczących produkcji wyrobów własnych (o których mowa w pkt 3. akapit 4., pkt 4. lit. d-e oraz w załączniku nr 7) czy warunkach handlowych, na jakich dokonuje zakupu produktów innych producentów, usług oraz dostaw (o których mowa w pkt 2. i 3. akapit 5. oraz w załącznikach nr 2-4 i 6), mogłoby ułatwić wykonawcom nieposiadającym obecnie wystarczającego doświadczenia przygotowanie konkurencyjnych ofert.

Z kolei wartość gospodarcza informacji zawartych w wykazie dostaw i referencjach została uzasadniona tym, że dotyczą one m.in. obrotów handlowych realizowanych z grupą podmiotów w zakresie określonego rodzaju produktów, pozwalają oszacować poziom realizacji biznesowych z kontrahentami oraz rozpoznać strategię rynkową. Stąd ich udostępnienie mogłoby umożliwić podmiotom konkurencyjnym uzyskanie przewagi rynkowej nad (str. 4.).

Ponadto Energy Partners w zawartych umowach zostało zobowiązane do poufności, z czym powiązano obowiązek zapłaty kar umownych, a ujawnienie tych relacji mogłoby spowodować ich zerwanie (str. 5.). Załączono w tym zakresie dowody w postaci stosowanych przez kontrahentów klauzul umownych – np. § 13 oraz § 15 umowy na dostawę sukcesywną (dowód nr 4) oraz zobowiązania do zachowania poufności nałożone przez kontrahentów (dowód nr 9 i 10).

W obu przypadkach, oprócz opisanie środków organizacyjno-technicznych stosowanych dla ochrony zastrzeżonych informacji, załączono stosowne dowody, m.in. zanonimizowane zobowiązanie pracownika do zachowania tajemnicy (dowód nr 1), zanonimizowane oświadczenie o zapoznaniu się z regulaminami zakładowymi, zasadami BHP i zakresem informacji objętych tajemnicą (dowód nr 2), zanonimizowane oświadczenie o zapoznaniu się z regulaminem pracy oraz wynagradzania pracowników (dowód nr 3), regulamin pracy (dowód nr 5), zarzut ekranu potwierdzający brak dostępu do dokumentów w postaci elektronicznej (dowód nr 7) czy instrukcję ruchu dla podmiotów zewnętrznych (dowód nr 8).

Po trzecie, informacje o zamówieniach wykonanych na rzecz podmiotów prywatnych nie mają przymiotu jawności oraz nie ma obowiązku ich ujawniania [zacytowano stosowne fragmenty z uzasadnień trzech wyroków Izby].

Wykaz dostaw obejmuje zamówienia wykonane na rzecz innych przedsiębiorców, z którymi Energy Partners zawarło umowy poza ustawą pzp.

Dowodów nr 4, 9 i 10 na stosowanie przez konkretnych kontrahentów EP klauzuli poufności nie da się powiązać z informacjami podanymi w wykazie dostaw oraz referencjach (w szczególności co do przedmiotu, wartości i terminu realizacji umowy), w tym pierwszy z tych dowodów nie dotyczy żadnej z pozycji wykazu dostaw, a innej umowy z tym samym kontrahentem.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i zarejestrowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

W ocenie Izby Odwoławczy wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożyli wspólnie ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia im uzyskanie tego zamówienia, na co w przeciwnym razie mogliby liczyć. Z kolei objęcie drugim zarzutem nieudostępnienie wyjaśnień ceny i podmiotowych środków dowodowych uniemożliwia Odwoławczemu skutecznie zakwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z innych powodów niż objęte pierwszym zarzutem.

{rozpoznanie zarzutu nr 1}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zrelacjonowane powyżej za odwołaniem: brzmienie postanowień SWZ określających przedmiot zamówienia i przedmiotowe środki dowodowe, brzmienie wyjaśnień treści SWZ oraz przebieg badania oferty Energy Partners odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy (były to również okoliczności niesporne, które zbieżnie zostały opisane w odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Przystępującego), więc nie ma potrzeby powtarzania ich *in extenso*.

Przedmiotem zamówienia w części nr 2 jest osprzęt do linii napowietrznych i niez izolowanych (tzw. gołych) niskiego napięcia obejmujący 44 pozycje asortymentowe opisane w drugiej i trzeciej kolumnie Formularza wyceny (oznaczone w pierwszej kolumnie lp. od 2/1 do 2/44).

Szczegółowe wymagania techniczne dla tego osprzętu sprowadzają się *de facto* do zgodności z dokumentami normatywnymi, w tym przypadku PN-EN 61284:2002 – wersja polska: Elektroenergetyczne linie napowietrzne. Wymagania i badania dotyczące osprzętu [patrz pkt 2.5.1. Wymagań technicznych (Załącznik nr 2 do Umowy) odsyłający do pkt 2. (w tym pkt 2.1.) Załącznika nr 1 – Normy].

Co do zasady dla uchwyty, zacisków i złączek do niez izolowanych linii napowietrznych niskiego napięcia wymagane było złożenie wraz z ofertą Certyfikatu Zgodności na potwierdzenie zgodności tego osprzętu z powyżej wskazaną PN-EN. Alternatywnie dopuszczono jako przedmiotowy środek dowodowy Deklarację Zgodności wraz z pierwszą stroną raportu z badań typu umożliwiającą zidentyfikowanie powyżej wskazanej PN-EN. Co do znaczenia terminów „Certyfikat Zgodności” i „Deklaracja Zgodności” odesłano do definicji zawartych w Ustawie z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1854).

Tym niemniej nadmieniono, że żądany Certyfikat Zgodności powinien być wystawiony przez niezależną jednostkę oceniającą zgodność wyrobów (certyfikacja wyrobów – symbol AC), posiadającą akredytację krajowej jednostki akredytującej np. Polskiego Centrum Akredytacji (PCA) w zakresie – w tym przypadku – powyżej wskazanej PN-EN, na podstawie raportów z badań przeprowadzonych w laboratoriach posiadających akredytację krajowej jednostki akredytującej typu AB (akredytowana jednostka badawcza) na – w tym przypadku – powyżej wskazaną PN-EN lub w nieakredytowanych laboratoriach znajdujących się w nadzorze przedstawiciela akredytowanej jednostki certyfikującej lub uznanych przez tę jednostkę w procesie certyfikacji.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł sobie na etapie realizacji zamówienia uprawnienie do:

- wglądu w oryginały lub kopie m.in. raportów z badań typu i protokołów z badań na zgodność z – w tym przypadku – powyżej wskazaną PN-EN, na podstawie których wystawiono certyfikaty lub deklaracje zgodności;
- żądania przeprowadzenia kontrolnych badań celem oceny zgodności wybranego osprzętu do linii napowietrznych niskiego napięcia z odpowiednimi normami (czyli w tym przypadku powyżej wskazaną PN-EN), dla zapewnienia wiarygodności wyników wymagając przeprowadzenia badań w niezależnym laboratorium badawczym posiadającym akredytację PCA typu AB, w przypadku braku takiej jednostki akredytowanej dopuszczając badania pod nadzorem akredytowanej przez PCA jednostki certyfikującej.

[zob. pkt 1., 2.2.-2.3., 3.1. i 5.1. Załącznika nr 2 – Wymagania jakości]

Zawarte w art. 4 ustawy o systemach oceny zgodności definicje każą rozumieć przez terminy, do których odwołano się wprost lub pośrednio w SWZ:

- certyfikat – dokument wydany przez jednostkę notyfikowaną, potwierdzający, że wyrób, projekt wyrobu lub proces jego wytwarzania są zgodne z wymaganiami [pkt 4];
- certyfikację – działanie jednostki oceniającej zgodność, wykazujące, że należycie zidentyfikowany wyrób, projekt wyrobu lub proces jego wytwarzania są zgodne z wymaganiami [pkt 5];
- deklarację zgodności – oświadczenie producenta, instalatora {termin dotyczący tylko dźwigów} lub ich upoważnionego przedstawiciela albo prywatnego importera, na ich wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z wymaganiami [pkt 6];
- wyrób – rzecz, bez względu na stopień jej przetworzenia, przeznaczoną do wprowadzenia do obrotu lub oddania do użytku (z wyjątkiem artykułów rolno-spożywczych oraz pasz, żywych zwierząt lub roślin, produktów pochodzenia ludzkiego oraz produktów uzyskanych z roślin lub zwierząt związanych bezpośrednio z ich przyszłą reprodukcją) [pkt 29];

- producenta – osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która wytwarza wyrób albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem towarowym [pkt 20];
- dystrybutora – osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, inną niż producent lub importer, która udostępnia wyrób na rynku w ramach działalności handlowej [pkt 8];
- wprowadzenie do obrotu – udostępnienie wyrobu na rynku po raz pierwszy [pkt 26];
- udostępnienie wyrobu na rynku – każde dostarczenie wyrobu w celu jego dystrybucji, konsumpcji lub używania na rynku państwa członkowskiego Unii Europejskiej (UE) lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (ang. EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG), w ramach działalności gospodarczej, odpłatnie lub nieodpłatnie [pkt 23];
- oddanie do użytku – jako pierwsze użycie wyrobu zgodne z jego przeznaczeniem na terytorium państwa członkowskiego UE lub EFTA – strony umowy o EOG [pkt16].

Odnosnie znaczenia niektórych innych terminów ustawa wprost odsyła do definicji (zamiast je powielać, jak w przypadku niektórych spośród powyżej przywołanych) z art. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającego rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30 oraz Dz. Urz. UE L 169 z 25.06.2019, str. 1) {zwanego w skrócie „rozporządzeniem (WE) nr 765/2008”}, m.in.:

- „ocena zgodności” – proces wykazujący, czy zostały spełnione określone wymagania odnoszące się do produktu, procesu, usługi, systemu, osoby lub jednostki [pkt 12];
- „jednostka oceniająca zgodność” – jednostka, która wykonuje czynności z zakresu oceny zgodności, w tym wzorcowanie, badanie, certyfikację i inspekcję [pkt 13];

Zgodnie z art. 3 ust. 1 tej ustawy system oceny zgodności tworzą zasady, procedury oraz normy określające sposób przeprowadzania oceny zgodności, oraz wymagania dotyczące wyrobów podlegających ocenie zgodności.

Z kolei według art. 8 ust. 1 omawianej ustawy podczas przeprowadzania oceny zgodności wyrób poddaje się: 1) badaniom przez: a) producenta, instalatora lub ich upoważnionego przedstawiciela, jeżeli nie jest wymagane przeprowadzenie badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy, b) akredytowaną jednostkę własną, jeżeli jest dopuszczalne przeprowadzenie badań przez taką jednostkę, c) jednostkę notyfikowaną, jeżeli jest wymagane przeprowadzenie badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy; 2) sprawdzeniu zgodności z wymaganiami – przez jednostkę notyfikowaną, lub 3) certyfikacji – przez jednostkę notyfikowaną. Przy czym na mocy art. 8 ust. 2 ustawy pozytywny wynik oceny zgodności przeprowadzanej przez jednostkę notyfikowaną stanowi podstawę do wydania certyfikatu.

Reasumując, warunki tego zamówienia należy interpretować w sposób uwzględniający przepisy ustawy o systemach oceny zgodności.

Zamawiający na potwierdzenie zgodności zaoferowanych wyrobów z wymaganiami PN-EN 61284:2002 dopuścił złożenie wraz z ofertą deklaracji zgodności wraz z pierwszą stroną raportu z badań, czyli na potrzeby prowadzonego postępowania uznał tak określony komplet dokumentów za przedmiotowy środek dowodowy równoważny certyfikatowi. Innymi słowy zapewnienie producenta oferowanego wyrobu o jego zgodności z wymaganiami tej PN-EN, uwiarygodnione treścią pierwszej strony raportu, na którego podstawie producent wyrobu złożył na swoją wyłączną odpowiedzialność takie oświadczenie, z badań przeprowadzonych w jego własnym laboratorium lub niezależnym laboratorium będącym akredytowaną jednostką badawczą w zakresie tej PN-EN, ewentualnie w laboratorium nadzorowanym przez jednostkę uprawnioną do certyfikacji w zakresie tej PN-EN.

Za bezsporne należy uznać poniższe okoliczności dotyczące badania oferty Energy Partners przez Zamawiającego (1.-4. poniżej) oraz wynikające z dokumentów złożonych przez Przystępującego (5.-6. poniżej).

Po pierwsze – dla zaoferowanych w poz. 2/3 i 2/4 uchwytów Energy Partners, które jest ich dystrybutorem tych wyrobów produkowanych przez Spółdzielnię „Bielsin”, nie złożyło określonego w pkt 3.7.2.3. zd. 2. SWZ kompletu dokumentów składających się na przedmiotowy środek dowodowy równoważny certyfikatowi.

Po drugie – na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia złożonej wraz z ofertą deklaracji Spółdzielni „Bielsin” o zgodności tych wyrobów z wymaganiami PN-EN 61284:2002, o raport z badań, na którego podstawie zostało złożone takie oświadczenie, Energy Partners złożyło pierwszą stronę raportu nr EP/LAB/130/2022 z badań przeprowadzonych przez Laboratorium Badawcze i Certyfikujące EP Lab.

Po trzecie – Laboratorium Badawcze i Certyfikujące EP Lab jest wewnętrzną jednostką organizacyjną Energy Partners, która nie ma akredytacji PCA typu AB na badania w zakresie PN-EN 61284:2002, ani nie jest nadzorowana przez jednostkę oceniającą zgodność, która ma akredytację PCA typu AC na certyfikację w zakresie PN-EN 61284:2002.

Po czwarte – Zamawiający na podstawie złożonej mu pierwszej strony powyżej wskazanego raportu uznał za

wystarczające, że Energy Partners jest producentem niektórych wyrobów z innych pozycji zaoferowanych w ramach tej samej części zamówienia, a wynik badań został określony jako pozytywny.

Po piąte – Energy Partners dopiero na rozprawie złożyło cały raport, na którego ostatniej stronie widnieje logo Polskiej Akademii Jakości CERT jako podmiotu certyfikowanego w zakresie spełniania PN-EN ISO 9001:2015 – Systemy zarządzania jakością – Wymagania. Uwidoczniono również nr certyfikatu systemu zarządzania jakością, który uzyskał od tego podmiotu Energy Partners [patrz str. 3].

Po szóste – Polska Akademia Jakości CERT sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach posiada akredytację PCA nr AC 188 w zakresie oceny zgodności metalowych wyrobów konstrukcyjnych i elementów pomocniczych w obszarze Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 305/2011 (CPR), decyzji Komisji Europejskiej nr 98/214/WE tj. jest jednostką certyfikującą takie wyroby w zakresie zgodności z PN-EN 1090-1+A1:2012 jako zharmonizowaną specyfikacją techniczną [patrz certyfikat akredytacji i zakres akredytacji złożony na rozprawie]. Niezależnie od tego jest akredytowaną przez PCA (AC 137) jednostką certyfikującą wdrożenie i stosowanie systemów zarządzania jakością zgodnych ze wspomnianą powyżej PN-EN ISO 9001:2015, która certyfikowała wdrożenie i stosowanie przez Energy Partners takiego systemu przy produkcji oraz dystrybucji materiałów elektrotechnicznych i specjalistycznych narzędzi do prac elektroenergetycznych. [patrz załącznik nr 8 do wyjaśnień ceny EP].

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest zasadny.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ppzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenie specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem proponowanych warunków umowy).

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obowiązuje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12, 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1

Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy. W szczególności nie budzi wątpliwości, a nie jest bez znaczenia dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalalia negotii*).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Omówione powyżej instytucje poprawienia omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odcodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwyciono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp (przy czym ten ostatni art. jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 25 ust. 2 pkt 2 popzp) – przez zamawiającego i składanych przez wykonawcę – co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) – przedmiotowych środkach dowodowych. Stąd zostały one zdefiniowane w art. 6 pkt 20 ustawy pzp jako środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

W szczególności zgodnie z przepisami zawartymi w art. 105 ustawy pzp:

- w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę [ust. 1];
- przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93

(Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30) [ust. 2];

- jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność [ust. 3];
- zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia [ust. 4].

Natomiast z part. 106 ustawy pzp wynika ponadto, że:

- w tym samym celu zamawiający może żądać innych przedmiotowych środków dowodowych niż zdefiniowane w art. 104 pzp etykiety czy w art. 105 certyfikaty, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania [ust. 1 zd. 1];
- zamawiający ma obowiązek wskazać wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia [ust. 1 zd. 2];
- zamawiający może wyłącznie wymagać przedmiotowych środków dowodowych, które są związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego [ust. 2];
- jednocześnie żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stąd zamawiający jest obowiązany akceptować równoważne przedmiotowe środki dowodowe, czynią zadość celowi, któremu służyło zażądanie tych dowodów.

Zatem specyficzna regulacja pkt 3.7.2.3. SWZ, o ile w pierwszym zdaniu znajduje wprost oparcie w art. 105 ust. 1 pzp, o tyle w drugim zdaniu zdaje się również bazować na wynikającym z art. 106 ust. 1 pzp uprawnieniu do żądania innych niż certyfikaty i sprawozdania z badań wydanych przez akredytowaną do oceny zgodności jednostkę. Dopuszczenie z góry przez Zamawiającego złożenia zamiast certyfikatu deklaracji zgodności producenta wraz z pierwszą stroną raportu z badań nie wpisuje się bowiem w pełni w regulację art. 105 ust. 4 pzp. Tym bardziej specyficzne postanowienie pkt 3.7.2.3. zd. 2. SWZ, które *de facto* zrównuje moc dowodową oświadczenia własnego producenta z dowodem pochodzącym od niezależnej jednostki uprawnionej do oceny zgodności wyrobów z wymaganiami, wymaga ścisłej a nie rozszerzającej – jak chciałby Zamawiający i Przystępujący – wykładni.

Wreszcie z uregulowań art. 107 ustawy pzp wynika co następuje. Zasadą jest składanie przez wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą (ust. 1). Jeżeli jednak wykonawca nie uczyni tego w ogóle lubłoży przedmiotowe środki dowodowe, które są niekompletne, zamawiający może wezwać do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie wyłącznie w sytuacji, gdy uprzednio przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (ust. 2). Jednakże nigdy nie jest to dopuszczalne w odniesieniu do kryteriów oceny ofert, a zbędne w przypadku, gdy oferta i tak podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (ust. 3).

De lege lata obowiązuje również przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, którego nie było w poprzednim stanie prawnym, nakazujący zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

W każdym razie dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady sporządzonych przez niezależny od wykonawcy podmiot trzeci. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

Jak to powyżej ustalono, pomimo umożliwienia przez Zamawiającego złożenia kompletnego przedmiotowego środka dowodowego, tj. uzupełnienia deklaracji zgodności załączonej do oferty o brakującą pierwszą stronę raportu z badań, Przystępujący tego nie uczynił.

Tym samym potwierdził się zarzut, że zaniechując odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z pkt 2 lit. c ustawy pzp, Zamawiający naruszył te przepisy.

{rozpoznanie zarzutu nr 2}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zrelacjonowany powyżej za odwołaniem i pismem przystępującego opis treści obu uzasadnień i zakres załączonych do niego dokumentów odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy i stanowią okoliczności bezsporne.

Dodać należy, że wyjaśnienia Energy Partners z 4 października 2023 r. [plik wyjaśnienie dot. kalkulacji ceny 04.10.2023 – tajemnica przedsiębiorstwa-sig.pdf] nie zawierają danych na takim poziomie szczegółowości, który wskazywałby na ich wartość gospodarczą zadeklarowaną w ramach uzasadnienia zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W pkt 2. odesłano do ofert uzyskanych od producentów lub dystrybutorów, w pkt 3. przedstawiono założenia kalkulacyjne, w tym odnośnie kosztów osobowych oraz cen materiałów i usług zewnętrznych (z odesłaniem do załączonych ofert) dla osprzętu własnej produkcji, aby w pkt 4. dokonać podsumowania kwoty tych głównych kategorii kosztów, które wraz z kosztem zużycia energii elektrycznej (o czym szerzej mowa w pkt 5.) dają łączną kwotę kosztów wykonania zamówienia dla zadania nr 2.

Przy czym spośród ofert objętych załącznikami nr 2 i 3 tylko jeden spośród dostawców zamieścił adnotację, że „oferta ma charakter poufny i nie może być udostępniana osobom trzecim”, ale jednocześnie zaznaczył, że „niniejsza oferta nie stanowi wiążącej oferty w rozumieniu Kodeksu Cywilnego”. W ofertach, w których mowa jest o tym, że ceny zawierają rabat, nie podano jego wysokości. Ważność tych ofert zresztą wygasa. Niektóre oferty są w rzeczywistości wydrukiem koszyka produktów sklepów internetowych.

Ponadto wyjaśnienia zawierają: w pkt 1. – polemikę z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, polegającą na podważeniu adekwatności ustalenia wartości szacunkowej zamówienia z odwołaniem się do ceny oferty wybranej w poprzednim postępowaniu i wskaźnika inflacji oraz średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w aktualnie prowadzonym postępowaniu; w pkt 6. – deklaracje odnośnie poszczególnych czynników wymienionych w art. 224 ust. 3 pkt 1-8 ustawy pzp.

Reasumując, wbrew temu, co miało uzasadniać objęcie w całości wyjaśnień wraz z załącznikami (z wyjątkiem certyfikatu systemu zarządzania jakością), z łatwością można było wydzielić fragmenty mogące potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa od tych, które obiektywnie takiego waloru nie mają.

Z kolei wykaz dostaw, tak jak spodziewał się Odwołujący, zawiera tylko takie informacje, jakich wymagał druk załącznika nr 3 do SWZ, czyli ogólne określenie przedmiotu zamówienia, łączną wartość, okres realizacji i nazwę odbiorcy, czyli dane na takim poziomie ogólności, który czyni wysoce nieprawdopodobnym, aby mogły mieć one deklarowaną w ramach uzasadnienia ich zastrzeżenia wartość gospodarczą.

Przede wszystkim żadna z załączonych referencji nie wskazuje, aby wystawca tego rodzaju dokumentu, co do zasady wręcz przeznaczonego do powszechnego posługiwania się nim, uważał fakt należytego wykonania na jego rzecz przez Energy Partners dostaw osprzętu do linii napowietrznych niez izolowanych niskiego napięcia za tajemnicę. Natomiast w odniesieniu do dwóch spośród dwunastu dostaw objętych wykazem, w tym jednej wykonanej na rzecz Zamawiającego, Energy Partners załączyło oświadczenia własne.

Reasumując, treść pisma zawierającego uzasadnienie objęcia tajemnicą w całości powyższych przedmiotowych środków dowodowych oraz załączników do niego okazuje się być bezprzedmiotowa, gdyż ani wykaz, ani referencje nie zawierają informacji podpadających pod umowne klauzule poufności, na które powołał się Energy Partners.

W toku postępowania odwoławczego potwierdziło się twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący dąży do utajnienia jak największego zakresu dokumentów składanych w postępowaniu w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji, czy na ich podstawie Zamawiający prawidłowo dokonał badania i oceny oferty Energy Partners. W szczególności na rozprawie Przystępujący, pomimo że już uprzednio Zamawiający nie uznał tego typu dokumentów za mogące mieć walor tajemnicy przedsiębiorstwa, podjął próbę utajnienia niemal w całości, najwyraźniej koronnego w jego mniemaniu dowodu dla odparcia zarzutu nr 1 odwołania, raportu z badań przeprowadzonych przez jego własną jednostkę organizacyjną. W oczywisty sposób zmierzało to do uniemożliwienia zakwestionowania przez Odwołującego waloru dowodowego tego dokumentu w kontekście podniesionego dopiero w piśmie procesowym twierdzenia, jakoby laboratorium Energy Partners mogło być traktowane jako pozostające pod nadzorem jednostki certyfikowanej.

Takie postępowanie rzutuje negatywnie na wiarygodność wszystkich składanych przez Energy Partners w toku postępowania o udzielenie zamówień oświadczeń, deklaracji i zapewnień co do tego, że zastrzegane przezeń informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest zasadny.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 18 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „poprzednio obowiązująca ustawa pzp lub „popzp”} analogiczne uregulowania zostały wprowadzone dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1153 ze zm.), gdyż pierwotnie ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu do poselskiego projektu powyższej ustawy (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) trafnie zidentyfikowano potrzebę skorygowania dotychczasowego stanu prawnego: *Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Stąd w znolizowanym art. 8 ust. 3 popzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu *ad casu* spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rola zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków została sprowadzona do stwierdzenia, czy wykonawca temu sprostął, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy jednoznacznie przesądzone, że to po stronie wykonawcy leży dłożenie należytej staranności zarówno w zastrzeganiu, jak i w uzasadnianiu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji przedstawianych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym wspomnieć wypada, że już w uchwale z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 Sądu Najwyższy wskazywał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

De lege lata przepis art. 18 ust. 3 pzp nakłada zatem na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Natomiast zamawiający toku prowadzonego przez siebie postępowania ma ocenić, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostął. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za owo „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.).

Jak to ujął Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 popzp [aktualnie art. 18 ust. 3 pzp].

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić przed innymi wykonawcami i osobami trzecimi informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że te informacje: po pierwsze – mają dla przedsiębiorstwa charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jeszcze inny cechujący się wartością gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie – że uprawniony do korzystania z nich lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przede wszystkim nie budzi w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być

przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą. W orzecznictwie przyjmuje się, że *informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, to znaczy – ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające* [tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 11 września 2014 r. sygn. akt II PK 49/14].

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, należało zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący, nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji dotyczących kalkulacji ceny ofertowej czy sposobu spełnienia warunków udziału jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ocena skuteczności zastrzeżeń dokonana przez Zamawiającego była w tym zakresie powierzchowna.

Jak przypomniał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w uzasadnieniu wyroku z 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/2 odpowiadając na pytanie siódme, celem art. 1 dyrektywy 89/665 (odwoławczej) jest ochrona wykonawców przed arbitralnością zamawiających dzięki zapewnieniu istnienia środków prawnych gwarantujących skuteczne stosowanie prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia można jeszcze skorygować. Aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego sąd krajowy rozpatrujący odwołanie musi zweryfikować czy zamawiający słusznie uznał, że informacje, których przekazania odmówił, były poufne.

{rozstrzygnięcie o żądaniach odwołania i kosztach postępowania}

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z pkt 2 lit. c ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Ponadto Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 2 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mogło mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania, jednak wobec uwzględnienia pierwszego z zarzutów uznała, że nakazywanie udostępnienia nieskutecznie utajnionych przez Przystępującego dokumentów Odwołującemu za zbędne, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołujących z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT), orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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. poz. 2437), tj. obciążając nimi Zamawiającego.