

WYROK

Warszawa, dnia 18 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2025 r. przez wykonawcę ZABERD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Buczkowice przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy Pollight spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie II *petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu Gminie Buczkowice unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Pollight spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego ZABERD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz zamawiającego Gminę Buczkowice po połowie i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Buczkowice na rzecz odwołującego ZABERD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 9300 zł 00 gr (dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Buczkowice (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozświetlamy Gminę Buczkowice” (wewnętrzny identyfikator: GKIB 271.12.2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 177/2024 w dniu 11 września 2024 r. pod numerem 545818-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 3 lutego 2025 r. wykonawca ZABERD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pollight Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- I. naruszenie art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp 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, dalej jako „u.z.n.k.”) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez uznanie poczynionego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny za skutecznie zastrzeżoną, pomimo niewykazania ustawowych przesłanek, a w konsekwencji naruszenie art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do protokołu postępowania na skutek błędnej oceny skuteczności zastrzeżenia przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa;
- II. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia a w konsekwencji naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, niebędącej w istocie ofertą

najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, udostępnienia treści pełnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego wobec nieskuteczności zastrzeżenia, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 13 lutego 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący w dniu 13 lutego 2025 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Polilight Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, przedmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego wraz z ofertą oraz na wezwanie zamawiającego, wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny złożone przez Przystępującego wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zawiadomienie o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Izba ponadto wzięła pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika wyrażone w złożonych pismach procesowych oraz na rozprawie, a także dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego (karta katalogowa opraw LED serii ST-52 firmy Polilight) oraz przez Przystępującego (oświadczenie Stowarzyszenia Elektryków Polskich z dnia 9 sierpnia 2024 r. dotyczące opraw typu Falcon, raport z testów wibracyjnych opraw Sava firmy LUG Light Factory wraz z tłumaczeniem, karta katalogowa opraw Sava firmy LUG Light Factory), na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, objęte zakresem zaskarżenia.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż opraw oświetleniowych oraz elementów systemu oświetleniowego w celu modernizacji oświetlenia dróg publicznych na terenie Gminy Buczkowice.

W Rozdziale VI pkt 8 SWZ Zamawiający określił dokumenty wymagane od Wykonawcy na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami (przedmiotowe środki dowodowe):

- 1) karty katalogowe producenta lub inne dokumenty równoważne potwierdzające spełnienie wymaganych minimalnych parametrów przez zaoferowane przez Wykonawcę oprawy uliczne, wskazanych w załączniku nr 8 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia;
- 2) certyfikat ENEC, ENEC PLUS lub równoważny dotyczący oferowanych opraw ulicznych;
- 3) deklarację zgodności UE lub inny dokument równoważny dotyczącą oferowanych opraw ulicznych;
- 4) raport z testów wibracyjnych oprawy zgodnie z normą PN-EN 60068-2-6:2008 lub równoważną wydany przez laboratorium posiadające akredytację PCA lub inną równoważną jednostkę akredytującą;
- 5) certyfikat ZD4i lub równoważny dotyczący oferowanych opraw ulicznych;
- 6) raport LM80 z testu przeprowadzonego w czasie > 16 700 h dla oferowanych opraw ulicznych.

W Rozdziale VI pkt 9 Zamawiający wskazał, że będzie stosował procedurę uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wyznaczy w wezwaniu termin uzupełnienia wymaganego przedmiotowego środka dowodowego odpowiednio do sytuacji, jaka wystąpiła w postępowaniu, rodzaju uzupełnianego przedmiotowego środka dowodowego oraz z poszanowaniem równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z Rozdziałem VII pkt 1 SWZ Zamawiający wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą.

W piśmie z 1 października 2024 r., w odpowiedzi na pytanie nr 1 o treści „Prosimy o wyjaśnienie przyczyn wymagania testu na wibracje dla opraw parkowych (zwieszanych i nasadzanych). Takie badania są rzadkością dla opraw parkowych, a posiadanie ich przez zaledwie kilka firm oświetleniowych nie oznacza, że są one standardowym wymaganiem. Prosimy o zniesienie wymogu przedstawienia raportu z testów na wibrację dla opraw parkowych (zwieszanych i nasadzanych) jako przedmiotowy środek dowodowy” Zamawiający wyjaśnił, że „wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych m.in. raportu z testu na wibracje na podstawie normy PN-EN 60068-2-

6:2008 dla oprav ulicznych.” W odpowiedzi na pytanie nr 2 „Na jakim etapie Zamawiający wymaga przedstawienia obliczeń fotometrycznych?” Zamawiający wskazał „Obliczenia fotometryczne należy złożyć na etapie składania ofert, wraz z innymi przedmiotowymi środkami dowodowymi”.

W postępowaniu wpłynęło 9 ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący zaoferował oprawy uliczne ST-52 i ST-52M, wraz z ofertą nie złożył raportu z testów wibracyjnych. Zamawiający pismem z 22 listopada 2024 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, w tym raportu z testów wibracyjnych oprawy zgodnie z normą PN-EN 60068-2-6:2008 lub równoważną wydany przez laboratorium posiadające akredytację PCA lub inną równoważną jednostkę akredytującą. Zamawiający wskazał, że dokumenty sporządzone w języku obcym należy złożyć wraz z tłumaczeniem na język polski. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył raport z testów wibracyjnych nr BOS/6568/BE/23 przeprowadzonych przez Instytut BOSMAL dla oprawy ST-52M-150W.

Zamawiający pismem z 25 listopada 2025 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Przystępujący w odpowiedzi na to wezwanie złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący w piśmie przewodnim wskazał, że złożone wyjaśnienia wraz załącznikami jak i dokumentami wewnętrznymi firmy, w tym procedury/regulaminy/wyciągi z wewnętrznych regulacji jak i umowy i oświadczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią również informacje zawarte w ofertach podmiotów, z którymi współpracuje Wykonawca, warunki współpracy, zaoferowane ceny w tych ofertach, które wskazują jednoznacznie na sposób wyliczenia ceny oferty Wykonawcy. Wykonawca na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp zastrzega w całości treść przedmiotowych załączników/plików jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które nie mogą być udostępniane. Uzasadniając powyższe zastrzeżenie Przystępujący wskazał:

„Zasada poszanowania tajemnicy przedsiębiorstwa w prawie zamówień publicznych wynika bezpośrednio z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, 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 2020r. poz. 1913), 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. Ponadto, zgodnie z ugruntowanym w judykaturze poglądem, brzmienie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp – jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – musi być rozumiane w ten sposób, że zastrzeżenie tajemnicy jest skuteczne w przypadku, gdy Wykonawca zastrzegł daną informację w terminie udzielonym mu przez Zamawiającego zgodnie z art. 223 ust. 1, art. 224 ust. 1, art. 224 ust. 2 i art. 224 ust. 3 ustawy Pzp – w odniesieniu do tych informacji, które były przedmiotem wezwania Zamawiającego w trybie jednego z ww. przepisów (por. wyrok KIO z dnia 03 września 2013 r. o sygn. KIO 2003/13, opubl. Legalis).

Ponadto, definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) (dalej UZNK), w myśl którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Jak uznane jest w doktrynie oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą wystąpić następujące przesłanki: 1. określony charakter informacji – informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą; 2. niejawnosć informacji – brak jej wcześniejszego ujawnienia do wiadomości publicznej, 3. podjęcie w stosunku do niej niezbędnych działań w celu zachowania poufności, a za takie uważa się m.in. zastrzeżenie ich poufności zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp (por. analogicznie - wyrok KIO z dnia 26 lutego 2015 r. o sygn. KIO 306/15, opubl. Legalis). Zgodnie z wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 01 stycznia 2008r. o sygn. akt XVII Amz 12/08 (opubl. LexPolonica nr 1953293, Gazeta Prawna 2008 Nr 157, s. 9), tajemnicę przedsiębiorstwa należy interpretować szeroko i z dużą ostrożnością, ponadto należy stosować do niej wykładnię rozszerzającą. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Zaznaczyć należy, iż zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK każda informacja posiadająca nawet niewielką wartość

gospodarczą może być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, o ile spełnione zostaną dwie pozostałe przesłanki.

Wobec powyższego, uznać należy, iż informacje przedstawione w załączonym do niniejszego pisma oraz całość wyjaśnień przedstawiona w piśmie Wykonawcy mają charakter techniczny, technologiczny lub handlowo – organizacyjny, dotyczą sposobów wytwarzania, metod działania i realizacji przedmiotu zamówienia oraz wyceny oferowanego świadczenia i przede wszystkim przedstawiają wymierną wartość gospodarczą.

Mając na uwadze zdobyte doświadczenie, które na przestrzeni kilkunastu lat Wykonawca wypracował, niewątpliwie w ten sposób pokazane informacje stanowiłyby ujawnienie tej przewagi nad konkurencją. Ujawnienie zawartych w wyjaśnieniach danych i informacji innym wykonawcom działającym na tym samym rynku co Wykonawca, niesie poważne ryzyko przejęcia przez nich przede wszystkim wiedzy, ale także i doświadczonego potencjału, którym dysponuje bezpośrednio Wykonawca. Ponadto Wykonawca jest jednocześnie producentem opraw i tym bardziej chroni swoje know how zarówno co do m.in. otrzymywanych cen rynkowych, partnerów, kontrahentów, struktur organizacyjnych w tym skali produkcji ale jak i cen oferowanych opraw i innych materiałów i usług. Tym samym, ujawnienie tych dokumentów wskazanych na wstępie zagraża interesom gospodarczym Wykonawcy, ale także podmiotów które przedstawiając stosowne oferty także uznają je za wymierną wartość gospodarczą, i traktują jako swoją tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje zastrzeżone niniejszym przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierają wiedzę, która w przypadku ujawnienia pozwoliłaby innym uczestnikom postępowania zapoznać się z istotnymi aspektami działalności gospodarczej Wykonawcy. Zastrzeżone przez Wykonawcę wyjaśnienia, stanowiące załącznik do niniejszego pisma obejmują niezwykle doniosłe z gospodarczego punktu widzenia dane odnoszące się do zastosowanych indywidualnych więzi gospodarczych, ale także innowacyjnych rozwiązań technicznych i technologicznych, wiedzy know how, które pozwalają Wykonawcy na złożenie konkurencyjnej ceny. Na uwagę zasługuje, że zdolność do zrealizowania niniejszego zamówienia w cenie niższej niż deklarowane przez pozostałych wykonawców lub szacowanych przez Zamawiającego jest pochodną szeregu czynników, które w znacznej części zostały zaprezentowane przez Wykonawcę w załączonych kalkulacjach i wyjaśnieniach. Już treść ofert w tym zakresie pozwala na jednoznaczne ustalenie, że Wykonawca wypracował w tym zakresie przewagę konkurencyjną. Stanowi ona pochodną informacji, które przekazane zostały Zamawiającemu w odrębnym piśmie. Zestawienie tych elementów powoduje, że po stronie Wykonawcy wygenerowana została realna przewaga konkurencyjna, będąca pochodną takich elementów jak przede wszystkim: doświadczenie kadry działu wycen i ofertowania, doświadczenie kadry kierowniczej i realizującej zadanie, relacje z podwykonawcami/poddostawcami, stosowane metody i technologie itd. Skoro informacje te pozwalają Wykonawcy na uzyskanie przewagi konkurencyjnej na rynku, to tym samym mają bezpośredni wpływ na zdolność składania przyszłych najkorzystniejszych ofert w postępowaniach przetargowych. Ujawnienie ich przez Zamawiającego doprowadziłoby do utraty przewagi konkurencyjnej i tym samym istotnie zagrażałoby pozycji rynkowej Wykonawcy, w tym w szczególności możliwości zdobywania kolejnych zamówień.

Informacje zastrzeżone w załączonych wyjaśnieniach Wykonawcy nie zostały dotychczas ujawnione do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie można ich uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów czy dokumentów. Zauważyć należy, iż ochronie prawnej podlegać może także zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne, pojedyncze elementy tego zbioru w jakiś sposób są podane do wiadomości publicznej, co potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r. o sygn. akt V CSK 444/06, opubl. Legalis).

Dodatkowo, Wykonawca, w stosunku do informacji i dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Informacje organizacyjne przedsiębiorstwa są przechowywane w zabezpieczonym systemie informatycznym obiegu dokumentów i zarządzania kosztami z ograniczonym dostępem, przeznaczone do wglądu tylko dla osób zajmujących się konkretnym zakresem działania firmy; w szczególności wgląd do takiej realizacji mają jedynie osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy służbowej oraz przypisane bezpośrednio do danego zakresu realizacji i jest to zaledwie kilka osób (4 osoby z zakresu kadry kierowniczej) posiadających uprawnienia dostępności do tych informacji. Pozostałe osoby nie mają wglądu ani dostępu do danych związanych np. z podwykonawcami, cenami, zastosowanymi technologiami, sposobami realizacji, etapowością robót z którą powiązane są ceny itp., gdyż dostęp do tych informacji ograniczony jest poziomami dostępności modyfikowanymi w programie przez jedną uprawnioną do tego osobę. Niemniej jednak, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 03 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4) tajemnica nie traci swego rodzaju charakteru przez to, że wie o niej pewne koło osób zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak chociażby pracownicy i robotnicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany interes. Ponadto, wyrazem podjęcia przez Wykonawcę działań w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jest m.in. niniejsze zastrzeżenie informacji zawartych w załączonych do niniejszego pisma wyjaśnieniach oraz regulacje przyjęte u Wykonawcy w obowiązującym regulaminie pracy, umowach o pracę i regulaminie o zachowaniu poufności. W celu potwierdzenia ww. informacji o zachowaniu tajemnicy i ograniczeniu liczby pracowników z dostępem do tych informacji Wykonawca załącza ww. dokumenty, również stanowiące „tajemnicę przedsiębiorstwa” Wykonawcy.

W tych okolicznościach, niniejsze zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma na celu ochronę interesów Wykonawcy oraz potencjalnych Podwykonawców i dostawców i w opinii Wykonawcy jest konieczne i uzasadnione. Dodatkowo dedykowane oferty kontrahentów Wykonawcy, na których Wykonawca opierał swoją wycenę zawiera w sobie zapis, że złożona oferta jest tajemnicą Handlową/tajemnicą przedsiębiorstwa i nie powinna być ujawniania osobom trzecim. Tajemnice przedsiębiorstwa stanowią również kalkulacje kosztorysowe na okoliczność wyjaśnienia braku rażąco niskiej ceny, jako kalkulacje własne, które przedstawiają ceny jednostkowe jak i sposób podejścia do kalkulacji na różnych płaszczyznach w oparciu o własne doświadczenie i know how Wykonawcy. Pomimo, że zastrzegane kalkulacje (ceny jednostkowe) zostały opracowane na potrzeby niniejszego zamówienia to ich analiza przed podmioty konkurencyjne po zapoznaniu się z naszą minimalizacją kosztów pozwoli im uzyskać przewagę w kolejnych postępowaniach lub też zniwelować przewagę Wykonawcy. Ze względu na szczegółowości przedstawionych kalkulacji ujawnienie ich do wiadomości publicznej może mieć wpływ na utratę przewagi w kalkulacji tego typu pozycji kosztorysowych, które obecnie znajdują się w kilku/kilkunastu ważnych dla Wykonawcy przetargach o podobnej złożoności zakresów robót.

Szczególnego podkreślenia wymaga fakt, że informacje przekazane do Zamawiającego stanowiące załączniki do niniejszego pisma pozostają jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż Wykonawca posiada ponadprzeciętne rozpoznanie technologii niezbędnych do użycia podczas niniejszego postępowania oraz rynku dostawców materiałów, podwykonawców, a także umiejętność właściwej wyceny tego rodzaju kontraktów oraz etapowości poszczególnych prac i robót także pod względem czasowym. Posiadamy własną szeroką, doświadczoną i wykwalifikowaną kadrę, a także bogate zaplecze sprzętowe pozwalające Wykonawcy na organizowanie robót w sposób gwarantujący prawidłową organizację czasu, a co za tym idzie również prawidłowe planowanie kosztów. Takie doświadczenie w stosowaniu sprawdzonych technologii podczas zrealizowanych robót oraz organizacja Wykonawcy sama w sobie stanowi już istotną wartość gospodarczą, a więc informacje organizacyjne stanowią rodzaj informacji podlegających zastrzeżeniu także w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem ujawnienie przez Zamawiającego którejkolwiek z zastrzeżonych informacji powodowało by wymierną szkodę majątkową u Wykonawcy, co do której stał by się uprawniony by jej wyrównania dochodzić bezpośrednio od Zamawiającego.”

Zamawiający w dniu 23 stycznia 2025 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba stwierdziła, że Odwołujący, jako podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a zatem wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba za zasadne uznała zarzuty podniesione w punkcie II *petitum* odwołania, tj. zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty, niebędącej w istocie ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Przywołując treść ww. przepisów należy wskazać, że w myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą 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. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaoferowany produkt nie posiada wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia cech, parametrów czy właściwości. Ponadto jeżeli zamawiający wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych w celu zweryfikowania zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, to brak ich złożenia lub złożenie takich przedmiotowych środków dowodowych, które nie potwierdzają tej zgodności (wraz z ofertą albo na wezwanie – jeśli zostało dopuszczone w SWZ), również prowadził będzie do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5)

ustawy Pzp, z uwagi na niewykazanie zgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie bezsporne było to, że Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, wśród których wymieniono raport z testów wibracyjnych oprawy zgodnie z normą PN-EN 60068-2-6:2008 lub równoważną wydany przez laboratorium posiadające akredytację PCA lub inną równoważną jednostkę akredytującą. Przystępujący zaoferował oprawy uliczne ST-52 i ST-52M, niemniej wraz z ofertą nie złożył raportu z testów wibracyjnych. Również nie było sporne to, że Przystępujący, w odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, w tym ww. raportu, złożył raport z testów wibracyjnych nr BOS/6568/BE/23 przeprowadzonych przez Instytut BOSMAL dla oprawy ST-52M-150W. Przystępujący nie złożył raportu z testów wibracyjnych dla oprawy ST-52, co stanowiło podstawę faktyczną zarzutu niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia postawionego w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że ani Zamawiający, ani Przystępujący nie przedstawili twierdzeń i dowodów, które wykazałyby zgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia i odparły zarzut postawiony przez Odwołującego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przemilczał fakt niezłożenia przez Przystępującego wymaganego raportu z testów wibracyjnych oprawy ulicznej ST-52. Zamawiający w ww. piśmie jedynie w sposób wyłącznie hasłowy stwierdził, że „zgodnie z oceną techniczną powołanego biegłego oprawy ST-52 oraz ST-52M spełniają parametr odporność na wibracje”. Nie zostało w żaden sposób wyjaśnione na jakiej podstawie powołany przez Zamawiającego biegły stwierdził zgodność oferowanej oprawy ST-52 z warunkami zamówienia. W znajdującej się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia ocenie technicznej ofert wykonanej przez firmę AM Energy, poza tym, że w pozycji „raport z testów wibracyjnych oprawy zgodnie z normą PN-EN 60068-2-6:2008”, w kolumnie „spełnia/nie spełnia” wskazano „TAK”, również nie przedstawiono żadnego szerszego wyjaśnienia. Zamawiający nie stawiał się na rozprawę, w związku z czym poza wyżej przytoczonym, lakonicznym stanowiskiem zawartym w odpowiedzi na odwołanie, nie przedstawił w postępowaniu odwoławczym żadnej rzeczowej argumentacji, w oparciu o którą można byłoby stwierdzić, że dokonał badania i oceny oferty Przystępującego i złożonych przez niego przedmiotowych środków dowodowych w sposób prawidłowy. Podkreślić należy, że Zamawiający prowadząc postępowanie zobowiązany jest respektować zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wobec czego nie powinien opierać swojej decyzji o zgodności oferty z warunkami zamówienia na własnym przekonaniu, jeżeli obciążył wykonawców określonymi obowiązками w zakresie złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

Izba za niewiarygodne uznała ponadto stanowisko Przystępującego, że złożony na wezwanie raport z testów wibracyjnych oprawy ST-52M-150W należało uznać za właściwy i wystarczający przedmiotowy środek dowodowy, jako dotyczący modelu reprezentatywnego dla całej rodziny opraw ST-52. Po pierwsze, okoliczność taka w żaden sposób nie wynika z treści tego raportu – odnosi się on *stricto* do modelu oprawy ST-52M-150W i nie wskazuje, aby był to raport referencyjny dla określonej rodziny czy typu opraw ulicznych. Przystępujący składając raport nie przedstawił także żadnych dodatkowych informacji czy dowodów (choćby oświadczenia) które pozwalałyby na wyprowadzenie takiego wniosku. Po drugie, okoliczności tej nie potwierdzają również dowody złożone przez Przystępującego w postępowaniu odwoławczym, które dotyczą innych niż zaoferowane opraw ulicznych (oświadczenie Stowarzyszenia Elektryków Polskich z dnia 9 sierpnia 2024 r. dotyczy opraw typu Falcon, z kolei pozostałe dokumenty opraw Sava firmy LUG Light Factory). Izba nie dała wiary także twierdzeniom Przystępującego, który wskazywał, że wykonywanie testów wibracyjnych jedynie dla reprezentatywnych modeli opraw jest praktyką na rynku, przeczą im bowiem dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia przekazane przez Zamawiającego, w tym raporty z testów wibracyjnych przedstawione przez innych wykonawców wraz z ofertami. W raportach tych, również sporządzonych przez Instytut BOSMAL, jeśli dotyczyły różnych modeli opraw wymieniano wprost te modele (np. raport BOS/3594/BE/24: testy wibracyjne lamp Unistreet/Lumistreet: Nano: BGP280I, BGP290I, BGP390I Micro: BGP281I, BGP291I, BGP391I Mi BGP282I, BGP292I, BGP392I Medium: BGP283I, BGP293I, BGP393I, Duże: BGP284I, BGP294I, BGP394I; rap BOS/6784/BE/24: testy wibracyjne opraw Tiara 2 LED XS, Tiara 2 LED S, Tiara 2 Led M, raport BOS/6785/BE/24: testy wibracyjne opraw Skver S R, Skver S L). Z kolei złożony przez Przystępującego jako dowód raport z testów wibracyjnych opraw Sava firmy LUG Light Factory wskazuje w sposób ogólny na oprawy Sava, czyli odmiennie niż raport złożony przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który odnosił się nie do rodziny czy typu opraw, a do konkretnego modelu oprawy ST-52M-150W. Odwołujący nie przedstawił dowodów, które wykazywałyby, że raport z testów wibracyjnych konkretnej, indywidualnie oznaczonej oprawy ST-52M-150W, miałby być reprezentatywny dla całej rodziny produktów, w tym dla zaoferowanych opraw ST-52, czyli opraw o innych wymiarach.

Za bezzasadne Izba uznała także stanowisko Przystępującego, że Zamawiający w treści wezwania nie wskazał na konieczność złożenia raportu z badań dla „opraw”. Faktem jest, że Zamawiający w SWZ i w treści wezwania wymagał złożenia „raportu z testów wibracyjnych oprawy (...)”, niemniej mając na uwadze, że Zamawiający w OPZ wymagał

odporności opraw ulicznych na wibracje na podstawie normy PN-EN 60068-2-6:2008, to nie powinno budzić wątpliwości u profesjonalnego podmiotu, jakim jest wykonawca ubiegający się o zamówienie to, że należało złożyć raport z testów wibracyjnych obejmujący wszystkie oferowane oprawy uliczne lub oddzielne raporty dla poszczególnych opraw. W piśmie z 1 października 2024 r., w odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiający potwierdził, że „wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych m.in. raportu z testu na wibracje na podstawie normy PN-EN 60068-2-6:2008 dla opraw ulicznych.” Pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mieli problemu z właściwym ustaleniem wymagań Zamawiającego w powyższym zakresie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w części dotyczącej zarzutów wskazanych w punkcie *II petitum* odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Pollight spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 sentencji orzeczenia.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń przedstawionych przez Odwołującego podczas rozprawy w zakresie zaniechania złożenia przez Przystępującego wraz z ofertą obliczeń fotometrycznych, Izba stwierdziła, że argumentację tę należy uznać za wykraczającą poza podstawy faktyczne zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a jako taką za spóźnioną. Co prawda w odwołaniu przywołano treść odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 2 dotyczące obliczeń fotometrycznych, niemniej nie przedstawiono żadnych innych twierdzeń ani wniosków referujących do tej kwestii, nie wskazano nawet, że Przystępujący nie złożył takich obliczeń wraz z ofertą i że zaniechanie to powinno prowadzić do odrzucenia jego oferty.

Izba za niewykazane uznała zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1- 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez uznanie poczynionego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny za skutecznie zastrzeżoną oraz naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do protokołu postępowania (zarzuty wskazane w punkcie *I petitum* odwołania).

Przywołując treść ww. przepisów ustawy Pzp Izba wskazuje, że zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ust. 2 stanowi, iż Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z ust. 3 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. Zgodnie z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania z tym, że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Nie jest kwestią sporną to, że naczelną zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedną z gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że przesłanką skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać nieujawnione tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich poufnego charakteru. Brak sprostania tym wymaganiom powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca sprostao obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W konsekwencji w celu skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w uzasadnieniu zastrzeżenia należy wykazać, że po pierwsze dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacja ta jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności. Wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie.

W rozpoznawanej sprawie podkreślić jednak należy, że prymat zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zwalnia wykonawcy korzystającego ze środków ochrony prawnej z obowiązku wykazania zasadności podniesionych zarzutów. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten definiuje rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, które ma *stricto* kontradyktoryjny charakter. Rezultat postępowania odwoławczego co do zasady determinowany jest inicjatywą dowodową stron postępowania. Odwołujący decydując się wnieść odwołanie wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zobowiązany był do wykazania, że zastrzeżenie poczynione przez konkurenta było nieskuteczne, tj. nie spełniało przesłanek opisanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wykazanie powyższej okoliczności wymagało przede wszystkim przeprowadzenia analizy uzasadnienia, jakie wykonawca zastrzegający poufność informacji przedstawił Zamawiającemu, a następnie zaprezentowania w odwołaniu wniosków wynikających z tej analizy oraz argumentacji podważającej twierdzenia zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że argumentacja zawarta w odwołaniu była bardzo ogólna, sprowadzała się do przywołania orzecznictwa oraz zaprezentowania w sposób hasłowy poglądów Odwołującego. Powyższe nie jest wystarczające do wykazania zasadności zarzutów. Poprzestanie na wskazaniu wybranych tez orzecznictwa nie dowodzi okoliczności, że Przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa bezskutecznie, każda sprawa wymaga bowiem indywidualnego rozstrzygnięcia. Kluczowe jest rzeczowe podważenie zaistnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do informacji, które zastrzegł Przystępujący, a to wymaga odniesienia się do konkretnej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Przystępującego. Odwołujący jedynie wyraził w treści odwołania hasłowe opinie, że „uzasadnienie jest ogólnikowe i nie dowodzi przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa”, że „kalkulacja została zastrzeżona, a zamawiający dokonał oceny wyłącznie na podstawie oświadczenia Przystępującego”, że „wykonawca nie wykazał, aby informacje wynikające z faktur cechowały się wyjątkowością” oraz że „załączniki takie jak wyciąg z regulaminu pracy czy regulaminu zachowania poufności nie powinny i nie mogą być objęte tajemnicą.” Tak lakoniczne stwierdzenia, wyrażające jedynie subiektywne stanowisko Odwołującego, nie niosą za sobą merytorycznej wartości dodanej. Odwołujący nie podniósł żadnych konkretnych okoliczności, które pozwalałyby stwierdzić, że rzeczywiście uzasadnienie przedstawione przez Przystępującego niedostatecznie wykazuje poufność informacji. Izba w postępowaniu odwoławczym weryfikuje legalności działań Zamawiającego jedynie w zakresie, jaki został objęty podstawami faktycznymi zarzutów odwołania i przedstawionymi w ich granicach twierdzeniami i dowodami. Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodowemu, który w tym zakresie na nim spoczywał, wobec czego przedmiotowe zarzuty podlegały oddaleniu, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 2 sentencji orzeczenia.

Jedynie uzupełniając Izba wskazuje, że nawet gdyby twierdzenia Odwołującego okazały się zasadne, to przedmiotowe zarzuty i tak nie mogłyby podlegać uwzględnieniu. Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W sytuacji, gdy Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, kwestia ewentualnego zaniechania udostępnienia Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, pozostaje bez znaczenia dla wyniku postępowania.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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, dalej jako „Rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia

w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Z kolei zgodnie z pkt 2 tego przepisu Izba rozdziela koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

W przedmiotowej sprawie Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie II *petitum* odwołania oraz bezzasadne w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie I *petitum* odwołania, w konsekwencji czego kosztami postępowania obciążono Odwołującego i Zamawiającego po połowie. Izba do kosztów postępowania zaliczyła kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (udokumentowaną fakturą). Łączna wysokość kosztów postępowania odwoławczego wyniosła 18 600 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w ww. wysokości 18 600 zł, podczas gdy odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9300 zł ($1/2$ z 18 600 zł). W konsekwencji Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9300 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 3 sentencji orzeczenia.

Przewodnicząca:.....