

Sygn. akt: KIO 1434/23

WYROK

z dnia 6 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2023 r. przez wykonawcę **A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALU-MIX Firma Inwestycji Budowlanych A. M., Olecko**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Aleksandrów**, przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowe "CENTROPLAST" Sp. z o.o., z siedzibą w Bełchatowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 18 ust. 3 ustawy Pzp dotyczącego oferty wykonawcy **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego "CENTROPLAST" Sp. z o.o., z siedzibą w Bełchatowie**;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALU-MIX Firma Inwestycji Budowlanych A. M., Olecko** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 1434/23

UZASADNIENIE

Gmina Aleksandrów – dalej „Zamawiający” – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Aleksandrów Etap IV oraz budowa sieci wodociągowej w miejscowości Rożenek”.

W dniu 22 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: ALU-MIX Firma Inwestycji Budowlanych A. M. (dalej „Odwołujący”) od czynności i zaniechań Zamawiającego w toku Postępowania, w tym m.in.: odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania w zakresie części 1, unieważnienia Postępowania w zakresie części 1, nieuzasadnione zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego w zakresie części 1 Postępowania, zaniechania odrzucenia oferty PRZEDSIĘBIORSTWA PRODUKCYJNO-HANDLOWE "CENTROPLAST" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, al Mazury, 97-400 Mazury, zwanego dalej również „CENTROPLAST”, na podstawie wszystkich występujących podstaw ww. wykonawcy, w zakresie części 1 Postępowania, zaniechanie odtajnienia i przekazania Odwołującemu wszystkich informacji zastrzeżonych przez CENTROPLAST jako tajemnica przedsiębiorstwa, zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie części 1 Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp przepisów, tj.:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego podczas, gdy - Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego aktualne przedmiotowe środki dowodowe (w tym aktualny dokument wynikający z przepisów Normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień) potwierdzające spełnianie wymagań zamawiającego określonych w SWZ;
- 2) art. 255 pkt 2 Pzp w zw. z art. 260 Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp unieważnienie Postępowania w zakresie części 1 podczas, gdy oferta Odwołującego w przypadku jej prawidłowego zbadania i oceny nie powinna podlegać odrzuceniu, w związku z czym nie ziściła się powołana przez Zamawiającego przesłanka unieważnienia Postępowania w zakresie części 1;

- 3)art. 98 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 107 ust. 2 Pzp poprzez niezasadne i bezpodstawne zatrzymanie wadium wniesione przez Odwołującego w zakresie części 1 Postępowania, podczas, gdy w okolicznościach sprawy Odwołujący złożył wymagane aktualne przedmiotowe środki dowodowe zgodnie z treścią SWZ oraz Wezwania z dnia 03.04.2023 r., potwierdzające spełnianie wymagań zamawiającego określonych w SWZ;
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CENTROPLAST, z Postępowania w zakresie części 1, na podstawie wszystkich występujących w okolicznościach sprawy podstawach stwierdzenia niezgodności treści oferty CENTROPLAST z warunkami zamówienia ustanowionymi przez Zamawiającego w SWZ, ze względu na: (i) zaoferowanie rozwiązań (oczyszczalni) zawierających osadnik wstępny, co jest niezgodne z wymaganymi parametrami technicznymi z punktu 3 (str. 9) PFU (w podstawach odrzucenia oferty CENTROPLAST zawartych w Unieważnieniu postępowania z dnia 16.05.2023 r. Zamawiający odnosi się wyłącznie do niezgodności dotyczącej braku spełnienia wymogu posiadania jednego zbiornika, pomijając fakt niedopuszczalnego zastosowania w rozwiązaniach zaoferowanych przez CENTROPLAST osadnika wstępnego); (ii) zaoferowanie rozwiązań (oczyszczalni) nie posiadających możliwość wykonania wlotu ścieku surowego pod dowolnym kątem do wylotu ścieku oczyszczonego, co miało zostać potwierdzone w Raporcie z badań PBOŚ, zgodnym z Normą PN EN 12566 lub w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR), co jest niezgodne z wymaganymi parametrami technicznymi z punktu 12 (str. 9) PFU; (iii) zaoferowanie rozwiązań (oczyszczalni) nie posiadających możliwość alternatywnej metody wywozu osadu potwierdzonej w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR), wymaganych w przypadku braku możliwości dojazdu wozu asenizacyjnego do działki, co jest niezgodne z wymaganymi parametrami technicznymi z punktu 13 (str. 9) PFU,
- 5)art. 18 ust. 3 Pzp poprzez niezasadne zastosowanie tego przepisu polegające na nieujawnieniu informacji zastrzeżonych przez CENTROPLAST jako tajemnica przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy jako tajemnica przedsiębiorstwa zastrzeżone zostało częściowo samo uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy informacji podlegających takiemu zastrzeżeniu, jak również załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów obowiązującego prawa oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, jak również wykonawca CENTROPLAST nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co doprowadziło do uniemożliwienia zapoznania się przez pozostałych wykonawców z istotnymi informacjami dotyczącymi spełnienia przez zaoferowane przez CENTROPLAST rozwiązania wymogów dokumentacji postępowania i do uniemożliwienia kontroli prawidłowości decyzji Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty CENTROPLAST z powodu jej niezgodności z wymogami zamówienia,
- 6)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, spośród ofert złożonych w Postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu, oraz innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, gdyż ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik Postępowania, a konsekwencji Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zakresie części 1 Postępowania, dokonanie ponownego zbadania i oceny oferty Odwołującego w zakresie części 1 Postępowania i uznanie, że ww. oferta jest zgodna z warunkami zamówienia oraz, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wszystkie aktualne przedmiotowe środki dowodowe wymagane w SWZ oraz w ramach Wezwania z dnia 03.04.2023 r., potwierdzające spełnianie wymagań zamawiającego określonych w SWZ, unieważnienie czynności polegającej na zatrzymaniu wadium wniesione przez Odwołującego w zakresie części 1 Postępowania na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, ujawnienia informacji zastrzeżonych przez CENTROPLAST jako tajemnica przedsiębiorstwa, odrzucenie oferty CENTROPLAST w zakresie części 1 Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przy uwzględnieniu wszystkich występujących w okolicznościach sprawy podstawach stwierdzenia niezgodności treści oferty CENTROPLAST z warunkami zamówienia ustanowionymi przez Zamawiającego w SWZ, dokonanie wyboru ofert Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 Postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Aleksandrów Etap IV oraz budowa sieci wodociągowej w miejscowości Rożenek. W zakresie części 1 Postępowania przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji zadania pn.: „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Aleksandrów Etap IV”. W dniu 16.05.2023 r. przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu wszystkich ofert w zakresie części 1 Postępowania tj. oferty Odwołującego i CENTROPLAST oraz o unieważnieniu Postępowania w zakresie części 1 Postępowania. Odwołujący wskazał, wnosząc niniejsze odwołanie, z całą stanowczością podważa

zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć w ramach części I Postępowania, wskazując jak poniżej.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp

Odwołujący wskazał, że wezwaniem z dnia 03.04.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp „do złożenia niżej wymienionych przedmiotowych środków dowodowych:

- 1) pełne raporty z badań przeprowadzonych w laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie: <http://ec.europa.eu/> wg procedur określonych w normie EN 12566-3: 2005+A2:2013 w zakresie: o efektywności oczyszczania, o wytrzymałości konstrukcyjnej zbiorników, o wodoszczelności, o trwałości materiału;
- 2) aktualne dokumenty wynikające z przepisów Normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień oraz wydzielania substancji niebezpiecznych;
- 3) dokumentacja Techniczno-Ruchowa (DTR) zgodna z obowiązującymi przepisami. DTR w zakresie skuteczności oczyszczania zgodna z dokumentami dostarczonymi do badania potwierdzone przez laboratorium notyfikowane lub producenta urządzeń;
- 4) Deklaracja Właściwości Użytkowych zgodna z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. wydaną przez Producenta na podstawie pełnych raportów.”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył wszystkie ww. przedmiotowe środki dowodowe, w tym aktualny dokument wynikający z przepisów Normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień (tj. „KLASYFIKACJA REAKCJI NA OGIEŃ ZGODNIE Z NORMĄ LST EN 13501-1:2019”, dalej zwanej: „Klasyfikacją reakcji na ogień”). W konsekwencji Odwołujący uczynił w pełni zadość wezwaniu z dnia 03.04.2023 r. Tymczasem Zamawiający w Unieważnieniu postępowania przekazanego Odwołującemu w dniu 16.05.2023 r. doszedł do nielogicznego i oderwanego od okoliczności sprawy wniosku, jakoby przedstawiona przez Odwołującego Klasyfikacja reakcji na ogień nie była aktualna, ze względu na jej datę wydania przez co nie pozwalała na uznanie, że doszło do złożenia powyższego przedmiotowego środka dowodowego na wezwanie Zamawiającego. Z uwagi na powyższe Zamawiający dokonał nieuzasadnionego i naruszającego przepisy Pzp odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Ponadto, w ocenie Odwołującego, z uwagi na błędne założenie o rzekomym braku przedstawienia przez Odwołującego aktualnych dokumentów w zakresie reakcji na ogień Zamawiający dokonał nieuzasadnionego i naruszającego przepisy Pzp odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp podczas, gdy powyższa podstawa odrzucenia w ogóle nie została uzasadniona przez Zamawiającego, a ponadto w żaden sposób nie koresponduje z okolicznościami sprawy.

Odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący w wyznaczonym terminie przedstawił Zamawiającemu aktualny dokument potwierdzający spełnianie wymagań Zamawiającego określonych w SWZ, w zakresie reakcji na ogień, również na dzień składania ofert. Fakt fizycznego złożenia powyższego dokumentu został wprost potwierdzony przez Zamawiającego na stronie 3 Unieważnienia postępowania („W wyznaczonym terminie wykonawca złożył dokumenty. Dokonując weryfikacji złożonych dokumentów zamawiający stwierdził, że dokument pn. „KLASYFIKACJA REAKCJI NA OGIEŃ ZGODNIE Z NORMĄ LST EN 13501-1:2019””).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zgodnie z treścią wezwania z dnia 03.04.2023 r. zażądał od Odwołującego przedstawienia aktualnego dokumentu wynikającego z przepisów Normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień, w związku z czym z uwagi na wymagania na podstawie postanowień SWZ, w tym PFU, aktualnego dokumentu w zakresie reakcji na ogień, Odwołujący był uprawniony do przedstawienia również takiego dokumentu wydanego po dacie Wezwania z dnia 03.04.2023 r.

Tymczasem Zamawiający, w oderwaniu od postanowień SWZ oraz Wezwania z dnia 03.04.2023 r., uznał, że dokument Klasyfikacji odporności na ogień jest nieaktualny jedynie z uwagi na datę jego wydania (31.03.2023 r.) po terminie składania ofert co miało miejsce w dniu 29.03.2023 r., a w konsekwencji uznał, że nie doszło do złożenia powyższego dokumentu w Postępowaniu. Tymczasem z treści powyższego dokumentu wynika m.in. że dokument ten zachowywał aktualność nie tylko na dzień jego wydania (31.03.2023 r.), ale również na dzień składania ofert (29.03.2023 r.). Z treści ww. dokumentu wynikało m.in. że materiał z którego wykonane są oferowane oczyszczalnie posiada określoną reakcję na ogień od 2015 r. (a zatem, co oczywiste również w dniu otwarcia ofert tj. 29.03.2023 r., ponieważ ten materiał od 2015 r. nie uległ żadnej zmianie). Na powyższe wskazuje m.in. fakt powołania się w treści Klasyfikacji reakcji na ogień raportów uzasadniających klasyfikację, powołanych w ust. 3.1. Klasyfikacji reakcji na ogień. Zamawiający w załączeniu do odwołania przedstawia: raport 20-24.2015.5. raport 20-25.2015.5. raport 20-26.2015.5. Dowód: raport 20-24.2015.5. raport 20-25.2015.5. raport 20-26.2015.5. wraz z tłumaczeniem.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że nawet abstrahując od ustalenia wynikającego z treści powyższego punktu 7 Odwołania (tj. że z treści dokumentu - Klasyfikacja odporności na ogień - wynika, że jest on aktualny zarówno na dzień jego wydania (31.03.2023r.) jak również na dzień składania ofert (29.03.2023 r.)) to należy wskazać, że Odwołujący już w

dniu 28.03.2023 r. zlecił Centrum Badań Ogniwych (z/s Miško str. 7. Valčiānai vil., LT-13229 Vilnius dist. Litwa), a w dniu 29.03.2023 r. doszło do zawarcia umowy wykonawczej na wydanie Klasyfikacja odporności i jej opłacenia przed terminem składania ofert.

Odnosząc się do wyroku powołanego w uzasadnieniu odrzucenia w sprawie o sygn. akt: KIO 482/23, Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że w okolicznościach sprawy o sygn. akt: KIO 482/23 wykonawca przedstawił przedmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień ich złożenia, ale które nie były aktualne na dzień składania ofert. Tymczasem w okolicznościach przedmiotowego postępowania mamy do czynienia z odmiennym stanem faktycznym, ponieważ złożone przez Odwołującego przedmiotowe środki dowodowe są aktualne zarówno na dzień ich złożenia, jak również aktualne na dzień składania ofert w części 1 Postępowania, co już samo w sobie wskazuje na nieadekwatność wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 482/23, a zatem niedopuszczalność opierania na nimi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie. Ponadto, powyższy wyrok odnosi się do postępowania, którego przedmiot stanowiła „Dostawa rur PE i kształtek montażowych o podwyższonej wytrzymałości” podczas, gdy Postępowanie w zakresie części 1 toczy się w przedmiocie zaprojektowania i wybudowania robót budowlanych, co również wskazuje na nieadekwatność wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 482/23. Z ostrożności Odwołujący podkreśla, że w powyższym zakresie istnieje linia orzecznicza wskazująca, że przedmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień ich złożenia, bez jednoczesnego wymogu ich aktualności na dzień składania ofert. Powyższe uprawnienie podkreśla m.in. wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1880/22 w uzasadnieniu którego Izba wskazała, że: „Możliwe jest przedstawienie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia.”

Z uwagi na powyższe Odwołujący potwierdził fakt złożenia w wyznaczonym terminie aktualnego dokumentu wynikającego z przepisów Normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień, aktualnego również na dzień składania ofert, w sposób zgodny z treścią SWZ i Wezwania z dnia 03.04.2023 r. Zamawiający błędnie odczytał treść dokumentu i doszedł do nieprawidłowego wniosku o nieaktualności ww. dokumentu jedynie na podstawie daty jego wydania, a w konsekwencji do nieracjonalnego w okolicznościach sprawy wniosku, jakoby w ogóle nie doszło do złożenia ww. dokumentu, a przez to również wystąpienia podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. W konsekwencji Odwołujący potwierdził i wykazał, że oferowane przez niego rozwiązania (oczyszczalnie) są w pełni zgodne z wymogami SWZ, w tym PFU. Jeżeli na etapie badania i oceny ofert powstają wątpliwości co do interpretacji postanowień SWZ, to powinny być one odczytywane na korzyść wykonawcy, a nie zgodnie z uznaniową decyzją Zamawiającego. Powyższe potwierdza zachowująca aktualność jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej wyrażona m.in. w wyroku:

- 1)z dnia 14 grudnia 2018 r., KIO 2458/18: „Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a rozszerzanie zawartych w niej wymagań na etapie oceny ofert narusza zasady ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.”,
- 2)z dnia 29 grudnia 2017 r., KIO 2654/17: „Nieścisłości w treści SIWZ należy wyklądać na korzyść wykonawcy. Wykonawcy nie powinni być zaskakiwani nową czy też rozszerzoną interpretacją postanowień SIWZ dopiero na etapie oceny ofert.”.

Odwołujący podkreślił, że prawidłowa i niebudząca wątpliwości ocena ofert w Postępowaniu powinna odbywać się w sposób kompleksowy z uwzględnieniem wszystkich informacji zawartych w ofercie i dokumentach oraz oświadczeniach składanych na wezwanie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 16 pkt 1-3 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Nie ulega wątpliwości, iż zasada ta obowiązuje Zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza także, by wszystkie wymagania, które Zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert były jednakowe dla wszystkich wykonawców. Powyższe wynika również z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zachowującego aktualność w przedmiotowej sprawie m. in. z wyroku z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 2589/18): „Dla odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nie może być żadnych wątpliwości co do tego, że treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią SWZ, niewystarczające jest powzięcie co do tego wątpliwości, które nie są poparte dowodami jednoznacznie na to wskazującymi”. Podobnie Izba orzekła w wyroku z dnia 28 stycznia 2019 r. (sygn. akt: KIO 53/19): „Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. ma bowiem bezwzględne zastosowanie, ale jedynie w sytuacji, gdy rozbieżności pomiędzy treścią oferty, a treścią siwz mają charakter nieusuwalny w drodze ustawowych instrumentów”.

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył przepisy Pzp, ponieważ w wyniku nieprawidłowego badania i oceny ofert niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez co dopuścił się naruszenia ww. przepisów.

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 Pzp w zw. z art. 260 Pzp

W konsekwencji nieprawidłowego i niezgodnego z przepisami ustawy Pzp przeprowadzenia czynności badania i oceny

oferty Odwołującego oraz odrzucenia oferty Odwołującego w dniu 16.05.2023 r. doszło również do nieuzasadnionego w okolicznościach sprawy unieważnienia Postępowania w zakresie części 1. Tymczasem prawidłowe zbadanie i ocena ofert powinna doprowadzić do wniosku, że w ramach części 1 Postępowania doszło do złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty Odwołującego, który spełnia warunki udziału w Postępowaniu i wobec którego nie występują podstawy wykluczenia z części 1 Postępowania. W konsekwencji doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 2 Pzp w zw. z art. 260 Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp unieważnienie Postępowania w zakresie części 1, podczas, gdy w okolicznościach sprawy nie wystąpiły przesłanki unieważnienia ww. podstawie prawnej.

Zarzut naruszenia art. 98 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 107 ust. 2 Pzp

W konsekwencji nieprawidłowego i niezgodnego z przepisami ustawy Pzp przeprowadzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego w dniu 16.05.2023 r. doszło również do nieuzasadnionego w okolicznościach sprawy zatrzymanie wadium wniesione przez Odwołującego w zakresie części 1 Postępowania. Zamawiający doszedł do bezpodstawnego wniosku, że złożona przez Odwołującego Klasyfikacja na ogień, z uwagi na datę jej wydania, stanowi dokument nieaktualny a w konsekwencji, jakoby nie doszło do złożenia ww. dokumentu. Tymczasem prawidłowe badanie i ocena ofert powinna doprowadzić do wniosku, że w ramach części 1 Postępowania doszło do złożenia przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego wymaganych przedmiotowych środków dowodowych (w tym aktualnego dokumentu wynikający z przepisów Normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień). W konsekwencji doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 98 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 107 ust. 2 Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zatrzymanie wadium wniesione przez Odwołującego w zakresie części 1 Postępowania, podczas, gdy w okolicznościach sprawy nie wystąpiły przesłanki zatrzymania wadium na ww. podstawie prawnej.

W ocenie Odwołującego, do naruszenia powyższych przepisów doszło również z uwagi na wystąpienie przez Zamawiającego do wystawcy wadium w formie ubezpieczeniowej o wypłacenie kwoty wadium (Gwaranta) o wypłatę wadium, podczas, gdy z uwagi na termin złożenia odwołania w zakresie powyższej czynności (22.05.2023 r.), czynności Zamawiającego należy uznać za nieprawomocne, a tym samym nieuprawniające do występowania do Gwaranta o wypłatę wadium.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp (w zakresie dotyczącym podstaw odrzucenia oferty CENTROPLAST)

Odwołujący wskazał, że w ramach unieważnienia postępowania z dnia 16.05.2023 r. Zamawiający poinformował również o odrzuceniu z postępowania oferty CENTROPLAST na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, z uwagi na wystąpienie następujących niezgodności oferty CENTROPLAST z dokumentacją zamówienia:

- 1) „Wykonawca oferuje oczyszczalnie ścieków wykonane z polietylenu (DTR str. 10), a nie jak wymagał zamawiający z włókna szklanego i żywicy poliestrowej (PFU pkt 4 na str. 9). Zamawiający jako materiał równoważny wskazał: stal nierdzewną lub polimerobeton (SWZ pkt 4.3 str. 5). Wykonawca nie udowodnił równoważności oferowanych urządzeń.
- 2) Wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających, że oferowane oczyszczalnie spełniają postawione przez Zamawiającego wymagania dotyczące możliwości posadowienia oczyszczalni na głębokość 1,2 m p.p.t. bez dodatkowych zabezpieczeń (PFU str. 10).
- 3) Zgodnie z DTR MULTIEKOCENT wykonawca oferuje wielokomorowe urządzenia z osprzętem — trzy zbiorniki połączone ze sobą (Rys. I — Oczyszczalni Multiekocent, DTR str. 3), w których zastosowano, w zależności od modelu, dwie lub trzy pompy mamutowe. Zamawiający natomiast w PFU (str. 9) wymagał aby oczyszczalnia ścieków składała się z jednego zbiornika, bez osadnika wstępnego (komory wstępnej, innego zbiornika lub miejsca w którym zachodzą procesy gnilne) oraz napowietrzanie ciągłe, wymuszone, bez możliwości sterowania automatycznego lub ręcznego.
- 4) Z raportu z badań LK01-02705/13/Z00NK z dnia 27.03.2014r. wynika, że produkt objęty badaniem to oczyszczalnia ścieków BIOEKOCENT natomiast oferta dotyczy produktu MULTIEKOCENT. Badanie zgodności wyrob przeprowadzone było dla innego typoszeregu niż zaoferowany przez wykonawcę. Brak spełnienia wymogu przedstawienia pełnych raportów z badań zgodności z normą PN-EN 12566-3:2005+A2:2013.”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty CENTROPLAST z Postępowania w zakresie części 1, na podstawie wszystkich występujących w okolicznościach sprawy podstawach stwierdzenia niezgodności treści oferty CENTROPLAST z warunkami zamówienia ustanowionymi przez Zamawiającego w SWZ, które zostały opisane poniżej. Zaoferowane przez CENTROPLAST oczyszczalnie Multiekocent nie spełniają również wymogu Zamawiającego zawartego w PFU str. 9 Wymagane parametry techniczne: pkt. 3. Zgodnie z wyżej wymaganym parametrem oczyszczalnia ścieków ma składać się z jednego zbiornika, bez osadnika wstępnego (komory wstępnej, innego zbiornika lub miejsca, w którym zachodzą procesy gnilne: W podstawach odrzucenia oferty CENTROPLAST zawartych w Unieważnieniu postępowania z dnia 16.05.2023 Zamawiający odnosi się wyłącznie do niezgodności dotyczącej braku spełnienia wymogu posiadania jednego zbiornika, pomijając fakt niedopuszczalnego zastosowania w rozwiązaniach

zaoferowanych przez CENTROPLAST osadnika wstępnego. Tymczasem oczyszczalnie Multiekocent posiadają osadnik wstępny. W przedstawionej w dniu 11.04.2023 r. przez CENTROPLAST DTR pkt. 2 czytamy: „Dla umożliwienia okresowego usuwania nagromadzonych w osadniku wstępnym osadów, urządzenie należy instalować w miejscu umożliwiającym łatwy dojazd i manewrowanie taborem asenizacyjnym oraz dokonywania serwisu.”. Z informacji uzyskanych ze strony Centroplast (katalog produktów) (https://www.centroplast.com.pl/wpcontent/uploads/Centroplast_katalog_2022.pdf) przy charakterystyce oczyszczalni (str. 8 dokumentu) Multiekocent w miejscu gdzie jest przekrój oczyszczalni wyraźnie widać oznaczony numerem 1 osadnik wstępny. Dowód: katalog produktów CENTROPLAST. Dodatkowo na stronie 8 złożonej w dniu 11.04.2023 r. DTR w pkt. 3 czytamy: „W osadnikach zachodzą procesy fermentacyjne, których efektem są gazy o szczególnie nieprzyjemnych właściwościach zapachowych. Należą do nich między innymi: dwutlenek węgla, siarkowodór, metan. Gazy te muszą być odprowadzone z osadnika.”.

Powyższe potwierdza również opis oczyszczalni Multiekocent dostępny w ramach publicznej oferty sprzedaży ww. oczyszczalni (m.in.): Dowód: ofert internetowa oczyszczalni Multiekocent

Z jawnych dokumentów dotyczących oferty CENTROPLAST wynika, że rozwiązania zaoferowane przez ww. wykonawcę nie spełniają wymogu Zamawiającego zawartego w PFU str. 9 Wymagane parametry techniczne: pkt. 12.

Zgodnie z powyższym wymogiem, oczyszczalnia musi posiadać możliwość wykonania wlotu ścieku surowego pod dowolnym kątem do wylotu ścieku oczyszczonego. Wymaga się, aby powyższy parametr techniczny był potwierdzony w Raporcie z badań PBOŚ, zgodnym z Normą PN EN 12566 lub w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR).

Powyższa informacja nie wynika z jawnych dokumentów przedstawionych przez CENTROPLAST, w tym rysunków technicznych oczyszczalni. Ponadto, nie wynika ona również z powszechnie dostępnych w internecie ofert oczyszczalni Multiekocent.

Wykonawca wskazał, że powyższa informacja potwierdzająca spełnienie wymogu z pkt 12 str. 9 PFU nie wynika również prawdopodobnie z części tajnej dokumentacji przedstawionej przez CENTROPLAST.

W dalszej kolejności ALU-MIX wskazuje, że z dostępnych jawnych dokumentów wynika, że rozwiązania zaoferowane przez CENTROPLAST nie spełniają wymogu Zamawiającego zawartego w PFU str. 9 Wymagane parametry techniczne pkt. 13. W przypadku braku możliwości dojazdu wozu asenizacyjnego do działki, wymaga się, aby oczyszczalnia miała możliwość usuwania osadu nadmiernego w inny sposób. Wymaga się, aby możliwość alternatywnej metody wywozu osadu była potwierdzona w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR).

W przedstawionej przez CENTROPLAST w dniu 11.04.2023 r. DTR str. 5 wskazano, że: „Dla umożliwienia okresowego usuwania nagromadzonych w osadniku wstępnym osadów, urządzenie należy instalować w miejscu umożliwiającym łatwy dojazd i manewrowanie taborem asenizacyjnym oraz dokonywania serwisu.”.

W ocenie Odwołującego, z powyższego wynika, że jedyną metodą usuwania nadmiernego osadów w przypadku zaoferowanych przez CENTROPLAST oczyszczalni jest usuwanie osadu przy pomocy wozu asenizacyjnego, natomiast dokumentacja zaoferowanej oczyszczalni (w szczególności DTR przedstawiony na wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych) nie przewiduje alternatywnej metody usuwania nadmiernego osadu.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ust. 8.1.13 SWZ wymagał dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) zgodnej z obowiązującymi przepisami. DTR w zakresie skuteczności oczyszczania zgodna z dokumentami dostarczonymi do badania – potwierdzone przez laboratorium notyfikowane lub producenta urządzeń. Brak w złożonych dokumentach potwierdzenia w jednoznaczny sposób powyższego wymogu SWZ. Tylko odpowiedź na wezwanie zawiera niesprecyzowane informacje w tym zakresie. Ponieważ mimo wystąpienia powyższych podstaw odrzucenia oferty CENTROPLAST do dnia dzisiejszego Zamawiający nie podjął czynności w powyższym zakresie, w okolicznościach sprawy doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie odrzucenia oferty CENTROPLAST z Postępowania, z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia ustanowionymi przez Zamawiającego w SWZ.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp

Odwołujący wskazał, że CENTROPLAST, przedkładając w dniu 11 kwietnia 2023 r. odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje stanowiące całą treść następujących dokumentów: Protokół z oceny właściwości wyrobu numer ewidencyjny 1017-CPR-05.850.721 rewizja nr 4, Raport inspekcyjny numer ewidencyjny 12.074.529, Raport inspekcyjny numer ewidencyjny 13.596.641, Protokół badawczy numer ewidencyjny 05.356.877, Klasyfikacja w zakresie reakcji na ogień 2751.1/13/ZOONP, Klasyfikacja w zakresie reakcji na ogień 2751.2/13/ZOONP, Raport z badań nr LPP01-2751/13/ZOONP, Raport z badań nr LPP022751/13/ZOONP, Raport z badań nr LK01-02705/13/ZOONK, Raport z badań nr LM00-02705/13/ZOONK, Badanie wodoszczelności Procedura ZZ12566-3-1(0360-702)-ME zbiornik pionowy, Badanie wodoszczelności Procedura ZZ12566-3-1(0360-702)-ME zbiornik poziomy, Raport z badań i oceny właściwości wyrobu nr LZK 0002703/18/ZOONZK, Raport nr CPL 01/2022, jak również część samego uzasadnienia zastrzeżenia ww. dokumentów

jako tajemnicy przedsiębiorstwa (str. 6 dokumentu „Wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa”) oraz załączniki do ww. uzasadnienia (Wzór umowy o pracę na czas określony, Wzór oświadczenia o zachowaniu poufności, Wzór umowy o zachowaniu poufności, Oświadczenie o zachowaniu poufności, Polityka bezpieczeństwa informacji).

Zamawiający zaniechał udostępnienia tych informacji Odwołującemu, pomimo że CENTROPLAST nie wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 t.j., dalej również: „Uznk”). Dowód: wniosek o udostępnienie protokołu z dnia 27.04.2023 r.

Odwołujący podkreślił, że ustanowiona w art. 18 ust. 1 Pzp zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi jedną z naczelnych zasad prowadzenia tego postępowania. Zamawiający może odstąpić od jej stosowania jedynie w wypadkach przewidzianych w przepisach Pzp. Jednym z odstępstw od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest sytuacja określona w art. 18 ust. 3 Pzp, w której wykonawca przekazuje informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla skuteczności zastosowania tego odstępstwa wymagane jest aby wykonawca zastrzegł te informacje i dodatkowo aby wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że CENTROPLAST w sposób nieuzasadniony i niedopuszczalny na podstawie obowiązujących przepisów i orzecznictwa dokonał zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części samego uzasadnienia zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (na str. 6 dokumentu „Wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa” doszło do utajnienia fragmentu uzasadnienia) oraz załączników do ww. uzasadnienia (Wzór umowy o pracę na czas określony, Wzór oświadczenia o zachowaniu poufności, Wzór umowy o zachowaniu poufności, Oświadczenie o zachowaniu poufności, Polityka bezpieczeństwa informacji). Tymczasem powyższe dokumenty mają na celu wykazanie zasadności i prawidłowości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanych informacji nie tylko względem Zamawiającego, ale również wykonawców konkurencyjnych i podmiotów trzecich, w związku z czym ich treść powinna podlegać bezwzględnemu ujawnieniu wobec ww. podmiotów. Obowiązujące regulacje nie uprawniają bowiem do wyłączenia zasady jawności postępowania w stosunku do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie nie zawiera bowiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz jest dokumentem zawierającym argumenty i motywy przemawiające za uznaniem konkretnych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 23 listopada 2018 r. o sygn. akt: KIO 2498/18.

Powyższa zasada niedopuszczalności utajnienia treści uzasadnienia zastrzeżenia dotyczy również załączników do ww. uzasadnienia mających na celu wykazanie prawidłowości i zasadności zastrzeżenia. W konsekwencji CENTROPLAST nie był uprawniony do objęcia tajemnicą załączników do uzasadnienia w postaci: Wzoru umowy o pracę na czas określony, Wzoru oświadczenia o zachowaniu poufności, Wzoru umowy o zachowaniu poufności, Oświadczenia o zachowaniu poufności, Polityki bezpieczeństwa informacji.

Ponadto, o bezpodstawności zastrzeżenia ww. załączników do uzasadnienia zastrzeżenia wskazuje fakt, że stanowią one jedynie wzory zawierające ogólne informacje, nie odnoszące się do konkretnych informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, co również wyklucza możliwość objęcia ww. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa (brak kumulatywnego spełnienia przesłanego z art. 11 ust. 2 Uznk).

W ocenie Odwołującego, jako dowód skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowany wzór oświadczenia pracownika – okoliczność ta jest oczywista nawet bez znajomości treści tego dokumentu, którego Zamawiający z nieuzasadnionych przyczyn nie udostępnił ALU-MIX – wzór dokumentu nie stanowi skonkretyzowanej informacji o zobowiązaniach łączących CENTROPLAST z pracownikami lub współpracownikami, a zatem nie może prowadzić do wykazania podnoszonej okoliczności, gdyż nie jest właściwym narzędziem do realizacji tego celu.

W konsekwencji, odmawiając odtajnienia i udostępnienia ALU-MIX utajnionej przez CENTROPLAST części uzasadnienia zastrzeżenia (Wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa) wraz z załącznikami do ww. uzasadnienia Zamawiający już w powyższym zakresie dopuścił się naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp.

Ponadto, w ocenie Odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez CENTROPLAST są lakoniczne, wybiórcze, gołosłowne i niedostosowane do konkretnego Postępowania i przedmiotu zamówienia. Nadto CENTROPLAST nie wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał udostępnienia tych informacji Odwołującemu.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowe zaniechanie Zamawiającego ma o tyle istotne znaczenie, że uniemożliwia Odwołującemu pełną weryfikację prawidłowości decyzji Zamawiającego o prawidłowości zaniechania odrzucenia oferty CENTROPLAST z powodu niespełniania przez zaferowane rozwiązania (oczyszczalnie) wymogów określonych w SWZ (w tym w PFU). Tymczasem dotychczasowa treść powyższego pisma wskazuje, że weryfikacja przez Zamawiającego spełnienia przez CENTROPLAST wymogów dokumentacji (w zakresie wymogów możliwych do zweryfikowania na podstawie jawnych dokumentów przedstawionych przez CENTROPLAST) została przeprowadzona w

sposób wybiórczy i nieprawidłowy, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty CENTROPLAST już z uwagi na dotychczas wykazane niezgodności zaoferowanych rozwiązań. ALU-MIX nie dysponuje kompletną wiedzą dotyczącą konkretnych rozwiązań, które CENTROPLAST zamierza dostarczyć Zamawiającemu, co uniemożliwia pełną weryfikację parametrów tych rozwiązań z warunkami zamówienia ustanowionymi w Postępowaniu. Zdaniem Odwołującego zastrzeżenie zostało poczynione wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów zgodności oferty CENTROPLAST z warunkami zamówienia.

O prawidłowości takiego wniosku świadczy sama treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa – CENTROPLAST odniósł się w uzasadnieniu zastrzeżenia do wybiórczo wskazanych kilku parametrów, jego subiektywnym zdaniem mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym dokonał nieuprawnionego rozszerzenia zakresu utajnionych informacji na treść całych dokumentów, w których ww. parametry zostały zawarte. Tymczasem znaczna część zastrzeżonych w całości przedmiotowych środków dowodowych zawiera informacje publicznie dostępne w ofertach internetowych producenta m.in. dotyczące materiału z którego zostały wykonane oczyszczalnie, technologii oczyszczania czy budowy oczyszczalni, do których zasadności objęcia tajemnicą CENTROPLAST nie odniósł się szczegółowo w uzasadnieniu zastrzeżenia.

CENTROPLAST powołuje się na zasadność zastrzeżenia informacji dotyczących właściwości oraz parametrów polietylenu używanego do produkcji urządzeń zawartych w raportach z badań, podczas, gdy nie wskazuje nawet w którym fragmencie ww. raportów powyższe informacje zostały zawarte, tym bardziej nie uzasadniając z jakich względów pozostała treść raportu powinna podlegać utajnieniu.

CENTROPLAST powołuje się na zasadność zastrzeżenia informacji dot. grubości poszczególnych elementów oraz gęstości materiału, z którego zostały wykonane oferowane urządzenia, nie wskazując przy tym nawet w jakim dokumencie zostały zawarte powyższe informacje, ani z jakich względów powyższy dokument powinien zostać w utajniony w całości, a nie tylko w uzasadnionym zakresie.

W dalszej kolejności CENTROPLAST powołuje się na zasadność zastrzeżenia całego Protokołu z oceny właściwości wyrobu, z którego wynikają m.in. szczegółowe parametry dot. skuteczności oczyszczania, które wynikają z technologii oraz sposobu budowy oczyszczalni. W powyższym zakresie wykonawca nie konkretyzuje nawet o jaki „szczegółowe parametry” chodzi, a tym bardziej jaki mogą mieć one wpływ na przewagę konkurencyjną CENTROPLAST.

W odniesieniu do parametrów wskazanych w poprzednim akapicie, jak i dotyczących wytrzymałości konstrukcji (parametry związane z kształtem, cechami zbiorników oraz danymi materiałowymi i zasadami działania oczyszczalni) CENTROPLAST wskazuje, że: „Informacja ta nie wpłynie na możliwość oceny zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami SWZ, a jedynie doprowadzi do ujawnienia technologii budowy oferowanych oczyszczalni, co umożliwi konkurencji jej wykorzystanie w toku produkcji własnych oczyszczalni.”. Tymczasem technologia budowy oczyszczalni jest jawna na podstawie powszechnie dostępnych dokumentów w ramach oferty producenta dostępnej na jego stronie internetowej (do której to oferty Odwołujący odwoływał się przy okazji uzasadnienia niezgodności oferowanych rozwiązań z wymogami zamówienia).

W ocenie Odwołującego, za kluczową w powyższym zakresie okoliczność uznać należy, że CENTROPLAST dokonał zastrzeżenia całościowego (zastrzegł dokumenty w całości, a nie ich poszczególne fragmenty), zatem uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno odnosić się do pełnej treści zastrzeganych dokumentów, a nie do ich wybranych elementów. Skoro uzasadnienie nie odnosi się do pełnej treści dokumentów, to nie jest możliwe uznanie, że doszło do skutecznego wykazania, że całość zastrzeżonych dokumentów zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Już wyłącznie z tego względu Zamawiający powinien ujawnić wszystkie informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach, do których nie odnosi się uzasadnienie. Oznacza to, że wykonawca CENTROPLAST zastrzegł dokument, a nie informacje, co samo w sobie jest niezgodne z ustawą Pzp. Takie stanowisko znajduje oparcie w orzecznictwie, jak przyjął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1.10.2021 r. w sprawie o sygnaturze akt XXIII Zs 53/21 „Taka metodologia działania (...), tj. objęcie tajemnicą całego pisma, a nie konkretnych informacji była nieprawidłowa, pozostawała bowiem nie tylko w sprzeczności z normą prawną z art. 8 sPzp (który dopuszcza zastrzeganie tylko informacji, a nie całych pism), ale też utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów (...) co do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w omawianym piśmie.”. Stanowisko to pozostaje aktualne również na gruncie przepisów obecnie obowiązującej ustawy Pzp. Ponadto, sam CENTROPLAST sugeruje w ust. 3 str. 3 Wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, że część informacji, do których nie odnosi się konkretnie uzasadnienie zastrzeżenia, stanowią informacje o parametrach uzyskiwanych na podstawie powszechnych norm oraz metod badań, co samo w sobie świadczy również o jawności parametrów uzyskiwanych na podstawie tak przeprowadzonych metod badań, w większości przypadków potwierdzających „zero-jedynkowo” spełnienie wymogów dokumentacji przez oferowane rozwiązania.

Odwołujący wskazał ponadto, że wykonawca CENTROPLAST nie wykazał posiadania przez zastrzegane informacje wartości gospodarczej. CENTROPLAST nie podjął nawet próby opisowego wykazania wartości gospodarczej

zastrzeganych informacji, tym bardziej nie wykazując nawet przybliżonej, czy uśrednionej liczbowej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ograniczając się do lakonicznych oświadczeń o posiadaniu przez zastrzegane informacje wartości gospodarczej z uwagi na rzekomy duży nakład pracy włożonych w uzyskanie przez oferowane rozwiązania określonych parametrów (co również nie zostało wykazany przez CENTROPLAST). Przykładowo CENTROPLAST odnośnie zasadności zastrzeżenia informacji o właściwości oraz parametrów polietylenu używanego do produkcji urządzeń powołuje się na gołosłowne i lakoniczne twierdzenia o konieczności ich ochrony z uwagi na ich rzekome ustalenie w wyniku wiedzy, doświadczenia oraz niebagatelnych nakładów finansowych ponoszonych latami przez producenta oferowanego rozwiązania (co nie zostało w żaden sposób rozszerzone ani wykazane w dalszej części wyjaśnień, jak również nie doszło do przynajmniej przybliżonego określenia „niebagatelnych nakładów finansowych” na które powołuje się CENTROPLAST). Tymczasem wykonawca zastrzegającego informacje powinien wykazać przynajmniej przybliżonej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Odwołujący powoła się na wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2021 r. o sygn. akt: KIO 500/21, wyrok KIO z 29.03.2021 r. o sygn. akt KIO 720/21.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 18 ust. 3 Pzp, gdyż zaniechał ujawnienia przedmiotowych środków dowodowych zastrzeżonych przez CENTROPLAST jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również części uzasadnienia zastrzeżenia wraz załącznikami mającymi uzasadnić prawidłowość i zasadność zastrzeżenia. Zamawiający zaniechał ujawnienia pełnej treści uzasadnienia zastrzeżenia i załączników uzasadnienia, które z uwagi na swój charakter (zewnątrzne potwierdzenie zasadności i prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa) powinny zostać bezwzględnie udostępnione innym wykonawcom w Postępowaniu (w tym Odwołującego). Ponadto, w zakresie zastrzeżonych przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający naruszył przepis art. 18 ust. 3 Pzp, gdyż zaniechał ujawnienia zarówno parametrów, które zostały w sposób niewystarczający utajnione w ramach uzasadnienia zastrzeżenia, jak również pozostałej treści przedmiotowych środków dowodowych, co do zasadności utajnienia których Wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnoszą się szczegółowo (a tym bardziej nie uzasadniają zastrzeżenia pełnej treści poszczególnych przedmiotowych środków dowodowych). Przedstawione w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa argumenty odnoszą się wyłącznie do wybiórczo powołanych parametrów, natomiast nie odnoszą się do całości dokumentów, co wyłącza możliwość stwierdzenia, że dokumenty jako całość stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast w zakresie wybiórczo wskazanych parametrów, do których przedmiotowe środki dowodowe się odnoszą, uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter ogólnikowy, wybiórczy, gołosłowny i fragmentaryczny. Wykonawca nie wykazał w szczególności wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Zdaniem ALU-MIX zastrzeżenie dokumentów miało na celu jedynie uniemożliwienie weryfikacji zgodności zaoferowanych urządzeń z warunkami zamówienia. Zasadne jest zatem nakazanie Zamawiającemu ujawnienia w całości dokumentów zastrzeżonych przez CENTROPLAST jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż nie doszło do wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, przy tym, że ponieważ do dnia Unieważnienia postępowania tj. 16.05.2023 r. Zamawiający nie poinformował o zakończeniu czynności badania prawidłowości i zasadności zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa CENTROPLAST, uznać należy, że proces badania powyższej kwestii i uznania zasadności zastrzeżenia zakończył się w dniu 16.05.2023 r., kiedy to doszło do odrzucenia oferty CENTROPLAST i unieważnienia Postępowania w części 1. W związku z powyższym, dopiero od powyższej daty należy liczyć termin na złożenie odwołania w zakresie zaniechania czynności ujawnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnicy przedsiębiorstwa CENTROPLAST.

W konsekwencji doszło do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, spośród ofert złożonych w Postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania inwestycyjnego pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Aleksandrów Etap IV oraz budowa sieci wodociągowej w miejscowości Rożenek”. Przedmiot zamówienia podzielony został na dwie części:

Część I. Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Aleksandrów Etap IV – dalej jako „Część I”,

Część II. Budowa sieci wodociągowej w miejscowości Rożenek – dalej jako „Część II”.

Część I: przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji zadania pn.: „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Aleksandrów Etap IV”. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania kompletnej i ostatecznej dokumentacji projektowej dla 95 sztuk przydomowych oczyszczalni ścieków dla każdej lokalizacji oddzielnie oraz wykonania na ich podstawie robót budowlanych dla 95 sztuk w oparciu o obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa. W przypadku konieczności wykonania operatu wodnoprawnego Zamawiający dopuszcza opracowanie zbiorczego dokumentu dla 95 sztuk łącznie.

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia dostarczył, zamontował i uruchomił przydomowe oczyszczalnie ścieków. Roboty wykonane będą z materiałów wykonawcy. Dostarczone urządzenia mają być kompletne i fabrycznie nowe. Wykonawca zobowiązany jest do sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją zadania, a także do uzyskania wszelkich zgód, decyzji i uzgodnień niezbędnych do prawidłowej realizacji inwestycji oraz dokonania zgłoszenia wykonania robót budowlanych.

Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w załączniku do SWZ, tj.: Program Funkcjonalno-Użytkowy dla zadania stanowiący Załącznik nr 8 do SWZ zwanym w dalszej części „PFU I”.

Izba ustaliła, że w Rozdziale 8 SWZ, Zamawiający wskazał, że wymaga od wykonawców złożenia wraz z ofertą m.in. następujących dokumentów w zakresie części I zamówienia:

- aktualne dokumenty wynikające z przepisów Normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień oraz wydzielania substancji niebezpiecznych - składane wraz z ofertą dla Części I;
- dokumentacja Techniczno-Ruchowa (DTR) zgodna z obowiązującymi przepisami. DTR w zakresie skuteczności oczyszczania zgodna z dokumentami dostarczonymi do badania – potwierdzone przez laboratorium notyfikowane lub producenta urządzeń - składana wraz z ofertą dla Części I
- Deklaracja Właściwości Użytkowych zgodna z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. wydaną przez Producenta na podstawie pełnych raportów - składana wraz z ofertą dla Części I.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymaga od wykonawców wniesienia wadium jedynie w Części I zamówienia w wysokości 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100). Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, tj. do dnia 29.03.2023 r. do godz. 09:00 i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że termin składania ofert został określony na 29 marca 2023 r. W wyznaczonym terminie wpłynęły następujące oferty:

- 1) ALU-MIX Firma Inwestycji Budowlanych A.M., ul. Gołdapska 31, 19-400 Olecko;
- 2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „CENTROPLAST” Sp. z o.o., Mazury 51, 97-400 Bełchatów.

Izba ustaliła, że Odwołujący wraz z ofertą nie złożył przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 03.04.2023 r. do ich złożenia. W wyznaczonym terminie wykonawca złożył dokumenty, w tym m.in. pn. „KLASYFIKACJA REAKCJI NA OGIEŃ ZGODNIE Z NORMĄ LST EN 13501-1:2019” wydany przez Centrum B Ogniwych z/s Miško str. 7. Valčiūnai vil., LT-13229 Vilnius dist. Litwa. Data wydania - 31 marca 2023 r.

Izba ustaliła, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Izba ustaliła, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, co następuje: Zamawiający informuje, że w przedmiotowym postępowaniu zostały odrzucone oferty następujących Wykonawców: „Oferta odrzucona została na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, 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, a także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ponieważ niezłożenie wymaganych dokumentów skutkuje uznaniem oferty za niezgodną z warunkami zamówienia.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu sporządził Specyfikację Warunków Zamówienia – dalej jako „SWZ” zawierającą załączniki od 1 do 11. Szczegółowe wymagania przedmiotu zamówienia opisane zostały w załączniku nr 8 do SWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy, zwanym w dalszej części „PFU”. Na potwierdzenie wymagań opisanych w PFU zamawiający żądał, zgodnie z Rozdziałem 8 SWZ, złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych: Wymaga się, aby oczyszczalnia posiadała pełne raporty z badań przeprowadzonych w laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie: <http://ec.europa.eu/> wg procedur określonych w normie EN 12566-3: 2005+A2:2013 w zakresie:

- efektywności oczyszczania,
- wytrzymałości konstrukcyjnej zbiorników,
- wodoszczelności,
- trwałości materiału.

– Wymaga się, aby oczyszczalnia posiadała aktualne dokumenty wynikające z przepisów Normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień oraz wydzielania substancji niebezpiecznych.

– Wymaga się, aby oczyszczalnia posiadała Dokumentację Techniczno-Ruchową zgodną z obowiązującymi przepisami. DTR w zakresie skuteczności oczyszczania ma być zgodna z dokumentami dostarczonymi do badania – potwierdzone przez laboratorium notyfikowane lub producenta urządzeń.

–Wymaga się, aby oczyszczalnia posiadała Deklarację Właściwości Użytkowych zgodną z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. wydaną przez Producenta na podstawie pełnych raportów.

–Wymaga się, aby oczyszczalnia posiadała udokumentowane oznakowanie CE.

W związku z powyższym oferta wykonawcy zostaje odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp ponieważ wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów. Niezłożenie środka dowodowego skutkuje również uznaniem oferty za niezgodną z warunkami zamówienia, stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W związku z faktem, iż wykonawca nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, zamawiający zgodnie z postanowieniami SWZ, wezwał wykonawcę w dniu 03.04.2023 r. do ich złożenia. W wyznaczonym terminie wykonawca złożył dokumenty. Dokonując weryfikacji złożonych dokumentów zamawiający stwierdził, że dokument pn. „KLASYFIKACJA REAKCJI NA OGIEŃ ZGODNIE Z NORMĄ LST EN 13501-1:2019” wydany przez Centrum Badań Ogniwych z/s Miško str. 7. Valčiūr vil., LT-13229 Vilnius dist. Litwa, został sporządzony w dniu 31 marca 2023 r., podczas gdy termin składania ofert wyznaczony był na dzień 29.03.2023 r. Fakt ten dowodzi, że wykonawca nie dysponował dokumentem potwierdzającym spełnianie wymagań zamawiającego określonych w SWZ, w zakresie reakcji na ogień, na dzień składania ofert. Zgodnie bowiem z postanowieniami SWZ wykonawca zobowiązany był do złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą tj. w dniu 29.03.2023 r. i to na ten dzień oferowane urządzenia muszą spełniać wszystkie wymagania zamawiającego. Bez znaczenia przy tym pozostaje fakt, że wykonawca złożył przedmiotowy dokument na wezwanie zamawiającego. Zamawiający nie może uznać, że oferowany produkt spełnia wymagania określone w dokumentach zamówienia, ponieważ byłoby to sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców określoną w art. 16 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający odrzuciła wszystkie oferty złożone w Postępowaniu. W konsekwencji, Zamawiający unieważnił postępowanie. W piśmie z dnia 16 maja 2023 r. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobligowany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku, gdy wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu. W toku badania oraz oceny ofert Zamawiający odrzucił wszystkie złożone przez wykonawców oferty co spowodowało brak możliwości osiągnięcia celu w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że w piśmie z dnia 29 maja 2023 r. Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 18 ust. 3 ustawy Pzp dotyczącego oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego "CENTROPLAST" Sp. z o.o., z siedzibą w Bełchatowie. Na posiedzeniu udziałem stron, Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko. W konsekwencji, postępowanie odwoławcze w w/w zakresie podlegało umorzeniu.

W ocenie Izby zarzuty, które podlegały merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę okazały się niezasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Należy wskazać na wstępie, że zgodnie z art. 107 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Ponadto, zgodnie z art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, przedmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Wykonawca składa przedmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

Izba dostrzega różnice redakcyjne w treści art. 107 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w stosunku do przepisów art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp. Zauważyć należy, że art. 107 ustawy Pzp nie odwołuje się do aktualności dokumentów przedmiotowych składanych przez wykonawcę w wyniku wezwania do uzupełnienia, jak to ma miejsce w art. 128 ust. 2 ustawy Pzp. Kierując się celem, jakemu służy instytucja przedmiotowych środków dowodowych, jak również celem, jaki przyświecał ustawodawcy przy kształtowaniu treści art. 107 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – Izba stoi na stanowisku, iż możliwe jest przedstawienie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia, o ile uzupełnione dokumenty potwierdzają prawdziwość pierwotnych oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie.

Wskazać należy, że w myśl definicji zawartej w art. 7 pkt 20 ustawy Pzp przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami,

cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Celem złożenia przedmiotowych środków dowodowych jest zatem potwierdzenie, że oferowany produkt (przedmiot świadczenia) jest zgodny z ustalonymi wymaganiami i że taki właśnie produkt zamawiający otrzyma w ramach realizacji zamówienia. Ustawodawca w sposób jednoznaczny wskazał, że przedmiotowe środki dowodowe składane są wraz z ofertą. Tym samym to na moment złożenia oferty wykonawca winien dysponować dokumentacją potwierdzającą spełnienie wymagań Zamawiającego wskazanych w SWZ. Takie stanowisko wynika również z uzasadnienia rządowego projektu ustawy Pzp (Druk sejmowy nr 3624 źródło: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>), „przedmiotowe środki dowodowe są środkami służącymi zweryfikowaniu poprawności merytorycznej złożonej oferty. Oznacza to, że zamawiający musi mieć możliwość zapoznania się z nimi już na etapie badania oferty, a nie dopiero na etapie weryfikowania podmiotowego wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. W takim bowiem przypadku może się okazać, że po wyborze oferty najwyższej ocenionej zajdzie konieczność jej odrzucenia na podstawie niezgodności z dokumentami zamówienia. Z tego tytułu na gruncie art. 107 ust. 1 ustawy ustanowiono nową regulację dotyczącą składania przedmiotowych środków dowodowych odmienną od tej, która dotyczy obowiązku składania środków podmiotowych. Zamawiający żąda bowiem złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą”.

Ustawodawca zdecydował się zatem na określenie wcześniejszego momentu składania przedmiotowych środków dowodowych w stosunku do podmiotowych środków dowodowych, ponieważ mają one zasadnicze znaczenie dla oceny prawidłowości oferty w jej warstwie merytorycznej i ustalenia, który z wykonawców powinien zostać poddany kwalifikacji podmiotowej jako ten, którego ofertę oceniono najwyższej. I o ile ustawodawca dopuścił możliwość uzupełnienia takich przedmiotowych środków dowodowych, to uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać stan na moment złożenia oferty. Przyjęcie odmiennej interpretacji stałoby w oczywistej sprzeczności z art. 16 ustawy Pzp i wynikającej z niej zasady równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferują produkt, którego parametrów nie może potwierdzić na moment złożenia oferty z uwagi na brak stosownej certyfikacji, natomiast może brak taki usunąć przez swego rodzaju „konwalidację” na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp i uzyskanie wymaganych dokumentów po terminie składania ofert byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Izba podkreśla, że każdy z wykonawców jest zobowiązany złożyć ofertę zgodną z postanowieniami SWZ oraz potwierdzić zgodność oferowanych produktów w sposób wymagany przez zamawiającego na moment złożenia oferty. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie, jednak szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, i dążenie do pełnej realizacji zasady równego traktowania wykonawców zobowiązuje zamawiających do stosowania zasad wynikających w ustawy Pzp w jednakowy sposób do wszystkich wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji. Niewątpliwie ustawodawca wskazał, że na moment składania ofert wszyscy wykonawcy są zobowiązani potwierdzić zgodność oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w sposób określonych w SWZ. Wszyscy wykonawcy mają taki sam przedział czasowy na złożenie oferty i dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych produktów z wymaganiami wskazanymi w SWZ. Termin ten wynika ze SWZ. Gdyby dopuścić możliwość przesunięcia potwierdzenia takiej zgodności z etapu złożenia oferty na moment uzupełnienia dokumentów w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wówczas to Zamawiający decydowałby arbitralnie ile czasu wyznaczyć poszczególnym wykonawcom na uzupełnienie dokumentów, tym samym rodziłoby to potencjalne ryzyko nierównego traktowania wykonawców. Nie trudno hipotetycznie wyobrazić sobie scenariusz, w którym wykonawca nie składa przedmiotowych środków dowodowych (gdyż na moment złożenia oferty nie jest w ich posiadaniu), nieformalnie umawia się z zamawiającym, że potrzebuje dodatkowego czasu na zdobycie wymaganych certyfikatów. Zamawiający zwleka z badaniem i oceną ofert, zapewniając wykonawcy taki dodatkowy czas. Po uzyskaniu certyfikatu w okresie badania ofert arbitralnie ustalonym przez zamawiającego, zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów. Wykonawca czyni zadość wezwaniu, gdyż wymagany dokument uzyskał w dodatkowym terminie. Aby uniknąć właśnie takich sytuacji, ustawodawca wskazał jednoznacznie, że wykonawca ma potwierdzić, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania zamawiającego na moment złożenia oferty, w sposób określony w SWZ. Możliwość ich uzupełnienia, choć dopuszczona przez ustawodawcę, nie może spowodować, przesunięcia moment potwierdzenia spełnienia wymagań, tj. z okresu złożenia oferty na dzień uzupełnienia dokumentów. Uzupełnione w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp dokumenty muszą potwierdzać, że na moment złożenia oferty oferowany produkt spełniał wymagania wskazane w SWZ.

W analizowanym stanie faktycznym, za bezsporne uznać należy to, że Zamawiający wymagał złożenia wraz ofertą aktualnych dokumentów wynikających z przepisów Normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień oraz wydzielania substancji niebezpiecznych. Bezsporne w sprawie również jest to, że Odwołujący nie złożył wraz z ofertą wymaganych dokumentów. Odwołujący złożył wymagany dokument w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2023 r. Za bezsporne w sprawie również uznać należy to, że dokument pn. „KLASYFIKACJA REAKCJI NA OGIEŃ ZGODNIE Z NORMĄ LST EN 13501-1:2019” wydany przez Centrum Badań Ogniwych z/s Miško str. 7. Valčiūr

vil., LT-13229 Vilnius dist. Litwa, został sporządzony w dniu 31 marca 2023 r., a więc po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie składania ofert. Tym samym, Odwołujący nie potwierdził zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego na dzień złożenia oferty w sposób określony w SWZ. Jak Izba wskazała powyżej, wykładania przepisów art. 107 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp wymaga od wykonawców złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, co należy interpretować w ten sposób, że dokumenty te mają potwierdzać spełnienie wymagań zamawiającego na dzień złożenia oferty. Przesunięcie terminu potwierdzenia na dzień uzupełnienia dokumentów nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, a jego dopuszczenie rodzi ryzyko naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, co Izba wyjaśniła powyżej.

Sporne w analizowanym stanie faktycznym pozostawało to czy złożony przez Odwołującego dokument, pomimo iż został wydany po terminie składania ofert, potwierdza, iż oferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia spełniał wymagania Zamawiającego również w dniu złożenia oferty. Zdaniem Izby z treści złożonego dokumentu nie sposób wywieść takiego wniosku, zaś argumentacja Odwołującego w tym zakresie jest niezasadna.

Po pierwsze, z treści złożonego certyfikatu wynika bezsprzecznie, że obowiązuje on od dnia 31 marca 2023. Brak jest jakiegokolwiek adnotacji, że obowiązuje on od 2015 r. czy od daty dopuszczenia wyrobu do sprzedaży. Przyjęcie takiego stanowiska stałoby w sprzeczności z jasnymi i precyzyjnymi informacjami zawartymi w spornym certyfikacie. Po drugie, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że z informacji zawartych w pkt 3.1 certyfikatu należy wywieść, że był on aktualny również w dniu 29 marca 2023. W punkcie 3.1 certyfikatu została zamieszczona wyłącznie informacja, co do badań jakie zostały wykonane w 2015 r. i które instytucja certyfikująca uwzględniła w procesie certyfikacji. Data wykonania tych badań nie zmienia daty certyfikacji określonej w certyfikacie. Odwołujący mógł w tym zakresie złożyć dodatkowe oświadczenie instytucji certyfikującej potwierdzającej ważność złożonego certyfikatu przed datą jego wydania, z uwagi na wykonane badania w 2015 r. Odwołujący jednak żadnych dowodów nie złożył. Po trzecie, również złożone przez Odwołującego dowody nie potwierdzają, że na dzień złożenia oferty wykonawca posiadał stosowną certyfikację. Izba zauważa, że złożone raporty nie dotyczą tego samego produktu, co wskazany w certyfikacie datowanym na dzień 31 marca 2023. Parametry badanych produktów w raportach (pkt 2.2 opis wyrobu) różnią się od parametrów wskazanych w certyfikacie w zakresie grubości, rowingu czy gęstości linowej. Nie mogą zatem stanowić potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego na dzień złożenia oferty, gdyż charakteryzują się innymi właściwościami. Odwołujący nie wyjaśnił w żaden sposób procesu certyfikacji, sposobu podejmowania decyzji przez jednostkę certyfikującą, zakresu czynności wykonywanych przez jednostkę certyfikującą w procesie certyfikacji. Jak Izba wskazała powyżej, wystarczające byłoby złożenie oświadczenia jednostki certyfikującej o aktualności certyfikatu również przed datą jego wydania tj. przed 31 marca 2023. Ani Izba ani Zamawiający nie są zobowiązani do doszukiwania się zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami wskazanymi w SWZ. Obowiązkiem Odwołującego było złożenie wraz z ofertą niezbędnych dokumentów wymaganych w SWZ. Z okoliczności sprawy wynika, że wyłącznie Odwołujący nie dołożył należytej staranności z procesie przygotowania oferty w postępowaniu. Nie sposób uznać, że złożenie wniosku o wydanie niezbędnego certyfikatu w dniu składania ofert stanowi wyraz dochowania przez wykonawcę należytej staranności. Wręcz przeciwnie, takie zachowanie wykonawcy to wyraz niedochowania należytej staranności wyrażającej się w braku podjęcia z odpowiednim wyprzedzeniem czynności zmierzających do uzyskania niezbędnych dokumentów. Sankcjonowanie takich działań wykonawcy przez Izbę byłoby przyzwoleniem na brak profesjonalizmu i należytego zaangażowania wykonawcy w proces ofertowania, z jednoczesnym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Nie ma żadnych podstaw, aby wyłącznie Odwołującemu przyznać dodatkowy czas na zgromadzenie przedmiotowych środków dowodowych, z pokrzywdzeniem innych wykonawców, którzy takie dokumenty przygotowali w odpowiednim terminie. W konsekwencji, Izba uznała zarzut Odwołującego za niezasadny.

Odnosząc się nie czynności Zamawiającego polegającej nie zatrzymaniu wadium wniesionego przez Odwołującego, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4 ustawy Pz, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

- 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej (...).

Oznacza to, że dla zatrzymania wadium na podstawie ww. przepisu, tj. z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń konieczne jest zaistnienie łącznie trzech przesłanek.

Pierwszą z nich jest niezłożenie, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o

których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, innych dokumentów lub oświadczeń. Treść złożonych dokumentów powinna więc potwierdzać spełnienie przez wykonawcę przesłanek, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17 przez niezłożenie dokumentów lub oświadczeń należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy, czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego jednak nie wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Drugą przesłankę stanowi nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W tym stanie faktycznym wykonawca, mimo jednoznacznego i jasno sformułowanego wezwania do uzupełnienia dokumentów, uzupełnił je lecz nadal nie potwierdzały one potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez tego wykonawcę (Odwołującego) jako najkorzystniejszej.

Kolejną a zarazem ostatnią przesłankę zatrzymania wadium na ww. podstawie jest wpływ niewykonania przez wykonawcę wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń na wynik postępowania. Zatrzymanie wadium jest bowiem możliwe jedynie wtedy, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej. W tym stanie faktycznym, w przypadku prawidłowego uzupełnienia dokumentów, oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą.

Izba wskazuje, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest profesjonalistą. W związku z tym należy od niego wymagać podwyższonej, a nie należytej staranności (art. 355 § 2 KC). Ocena w tym przedmiocie powinna uwzględniać doświadczenie i profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez podmioty zgłaszające ofertę. Niewątpliwie podejmując decyzję co do udziału w postępowaniu, wykonawca, w tym Odwołujący, ma obowiązek zapoznać się z warunkami postępowania, w tym z zakresem wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych. Profesjonalny podmiot, który decyduje się na złożenie oferty podejmuje działania mające na celu uzyskanie niezbędnych dokumentów z odpowiednim wyprzedzeniem, tak aby mieć pewność, iż na dzień złożenia oferty może potwierdzić prawdziwość składanych oświadczeń w sposób wymagany przez Zamawiającego. Odwołujący takich działań nie podjął. Odwołujący również w żaden sposób nie wykazał, że nie ponosi winy w braku uzyskania odpowiedniej certyfikacji na dzień składania ofert. Ze złożonego zaś certyfikatu nie wynika, że obowiązywał on w dniu 29 marca 2023 r. Tym samym, zdaniem Izby, Zamawiający był uprawniony do zatrzymania wadium. Odwołujący bowiem składając dokumenty w odpowiedzi na wezwanie z dnia 3 kwietnia 2023 r. nie potwierdził, że oferowane przez niego przedmiot zamówienia posiadał stosowaną certyfikację na dzień składania ofert. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że brak złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań na dzień 29 marca 2023 r. było spowodowane okolicznościami innymi niż wyłącznie zaniedbanie samego wykonawcy.

Z uwagi na brak stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5), niezasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał unieważnienia postępowania w części 1, z uwagi na to, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegały odrzuceniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....