

Sygn. akt: KIO 1239/15

Sygn. akt: KIO 1243/15

Sygn. akt: KIO 1245/15

Odpis wyroku

WYROK

z dnia 6 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2015 r.:

- A. przez SICAME Polska Sp. z o.o. w Warszawie, (sygn. akt KIO 1239/15)
- B. przez Energy Partners Sp. z o.o. w Zakrzewie, (sygn. akt KIO 1243/15)
- C. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energy Partners Sp. z o.o. w Zakrzewie i Voltex S.A. w Lubinie (sygn. akt KIO 1245/15)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie, Oddział Rzeszów w Rzeszowie

przy udziale:

- A. Cellpack Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1239/15 i KIO 1245/15 po stronie zamawiającego,
- B. Energy Partners Sp. z o.o. w Zakrzewie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1239/15 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia VOLTEX S.A. w Lubinie i SGL INTERNATIONAL Sp. z o.o. w Gdańsku zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1239/15 po stronie zamawiającego,
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Energy Partners Sp. z o.o. w Zakrzewie i Voltex S.A. w Lubinie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1239/15 po stronie zamawiającego,

[Stamp: Krajowa Izba Odwoławcza]

Sygn. akt: KIO 1239/15

Sygn. akt: KIO 1243/15

Sygn. akt: KIO 1245/15

UZASADNIENIE

Zamawiający, PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie, Oddział Rzeszów w Rzeszowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę osprzętu do linii kablowych SN i nN, z podziałem zamówienia na części.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE Nr 2015/S 012-018008 z dnia 17.01.2015 r.

W dniu 2 czerwca 2015 r. Zamawiający przesłał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.

Sygn. akt: KIO 1239/15

W dniu 12 czerwca 2015 r. Sicame Polska Sp. z o.o. w Warszawie (zwana dalej „Sicame”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego oraz braku udostępnienia na wniosek Odwołującego treści ofert Wykonawców:

- Energy Partners Sp. z o.o., dalej „Energy Partners” (zad. nr 7);
- Voltex S.A. + SGL International Sp. z o.o., dalej „Voltex+SGL” (zad. nr 6 i 7) i
- Voltex S.A.+ Energy Partners Sp. z o.o., dalej „Voltex+Energy Partners” (zad. nr 4)

- w części dotyczącej „wyciągu z badań typu zawierającego zestawienie ze składem ilościowym komponentów wchodzących w skład badanych zestawów ” (dalej „Skład”) pomimo faktu, że nie zostały spełnione łącznie przesłanki do zastrzeżenia ww. Składów jako tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, co uniemożliwiło Odwołującemu dokonanie weryfikacji prawidłowości złożonych przez ww. Wykonawców ofert pod względem ich kompletności i

nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59):

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

Istotą tajemnicy przedsiębiorstwa jest też poufność, tj. informacja ta nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Orzecznictwo Sądu Najwyższego wyklucza objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (tak min. wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. I CKN 304/2000, wyrok SN z dnia 5 września 2001 r. I CKN 1159/2000). Podobnie wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 25 października 2006 r. sygn. akt I ACa 947/2006, który w uzasadnieniu powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. I CKN 1159/2000 wskazał, że: "Zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć." Analogicznie zostało wskazane w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2003 r. I CKN 89/2001, że: "Za takie informacje nie może być uznana wiedza, którą osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze."

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, 111 CZP 74/05 stwierdzając iż "w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na

Na potwierdzenie faktu, iż informacje o składach oferowanych przez ww. wykonawców produktów przynależą do domeny publicznej i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący przedstawi na rozprawie następujące dowody:

1. kopie części ofert w w. wykonawców, obejmujące Składy na oferowane w niniejszym postępowaniu produkty, które zostały zaoferowane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których nie nadano im statusu tajemnicy przedsiębiorstwa - m.in: o przetarg publiczny nr UZZ/95/PN/2013 prowadzony przez TAURON Dystrybucja S.A., o przetarg publiczny nr 06/ZKZ/RR/128/161/2014/D (2014/TD-OBB/TD-OBB/01695/L prowadzony przez TAURON Dystrybucja S.A. oddział w Bielsku-Białej
2. kopie instrukcji montażu załączanych do każdego opakowania mufy zawierających dokument opisujący skład materiałowy.

Mając na względzie powyższe, wobec braku spełnienia łącznie przesłanek koniecznych do skutecznego zastrzeżenia informacji o Składach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający naruszył wskazane w pkt VI. odwołania przepisy ustawy Pzp, co winno skutkować uwzględnieniem odwołania w przedmiotowym zakresie.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wielokrotnie dopuszczał się również innych naruszeń zasady jawności postępowania w jego toku, w szczególności poprzez brak udzielenia odpowiedzi na pytanie Odwołującego zadane w pismach z dnia 18.03.2015 r., 28.05.2015 r. odnośnie tego, czy Składy oferowanych wyrobów, zgodnie z wymaganiem SIWZ zostały dołączone do wszystkich ofert firm konkurencyjnych, pomimo faktu, że informacja ta ma charakter jawny, a wykonawca ma prawo uzyskać wiedzę na temat tego, czy oferta konkurencji jest kompletna, zwłaszcza gdy odmawia mu się dostępu bezpośrednio do jej treści. Nawet bowiem w sytuacji, gdy treść dokumentów objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa, to nie sposób uznać, że obejmuje ona również samą informację na temat ich złożenia, który umożliwia przesądzenie, czy wykonawca złożył ofertą kompletną, czy też zawierającą braki podlegające procedurze uzupełnienia. Tym samym Zamawiający uniemożliwia Odwołującemu nie tylko weryfikację treści „Składów” ale także samo ustalenie, czy wymagany dokument (Składy) w ogóle został dołączony do ww. ofert. Takie działanie bez wątpienia narusza zasadę jawności postępowania i nie zasługuje na ochronę.

[...]”

Sygn. akt: KIO 1243/15

W dniu 12 czerwca 2015 r. Energy Partners Sp. z o.o. w Zakrzewie (zwana dalej „Energy Partners”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem naruszenia przez Zamawiającego w części 7 zamówienia, następujących przepisów prawa:

oświadczenia jednostki badawczej lub certyfikującej, że nie zaszły znaczące zmiany w wykonaniu badań typu (oświadczenie załączone przez tego wykonawcę zostało wydane przez osobę nieupoważnioną do składania oświadczeń w imieniu jednostki badawczej lub certyfikującej), co niezgodne jest z Załącznikiem nr 1, „Normy i przepisy”, ppkt 2), str. 29 SIWZ oraz „Wymagane dokumenty” pkt 1 ppkt 2 str. 31. SIWZ w brzmieniu nadanym Informacją nr 5 o pytaniach i uzupełnieniach do SIWZ z dnia 13.02.2015 r., odpowiedź na pytanie nr 9, str. 3.

3. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez nieuzasadnione zaniechanie czynności oceny złożonych ofert z należytą starannością oraz zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta winna zostać przez Zamawiającego odrzucona;
4. art. 91a ust. 1 i art. 91 b ust. 1 Pzp w zw. z treścią rozdziału XII Aukcja elektroniczna”, pkt 1) SIWZ oraz z treścią ogłoszenia o zamówieniu, rozdział IV. 2.2), poprzez bezpodstawne zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawcy SICAME, mimo istnienia przesłanek odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, co w konsekwencji powoduje brak zaistnienia ustawowych oraz określonych przez Zamawiającego w SIWZ przesłanek do zaproszenia ww. wykonawcy do aukcji elektronicznej oraz przeprowadzenia aukcji elektronicznej w przedmiotowym Postępowaniu — zadanie nr 7;
5. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej (po odrzuceniu oferty SICAME) zgodnej z wymaganiami SIWZ oferty w przedmiotowym Postępowaniu - zadanie nr 7, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wadliwej czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców: SICAME, Odwołującego i Konsorcjum firm Voltex S.A. i

Zamawiający w SIWZ określił zakres wymaganych dokumentów jakie wykonawcy muszą załączyć do oferty. Są to m. in. określone w Załączniku nr 1 do SIWZ „Wymagane dokumenty”5, pkt 1, ppkt 2, str. 31 SIWZ:

Dokumenty potwierdzające wykonanie dla zaoferowanych wyrobów badań typu na zgodność z daną przedmiotową normą wydane przez jednostkę posiadającą odpowiedni zakres akredytacji udzielony przez Polskie Centrum Akredytacji lub jednego z członków EA (European Cooperation for Accreditation) będącego sygnatariuszem Wielostronnego Porozumienia EM MLA.

Zakres norm dotyczących muf SN podany jest w podpunkcie a) i obejmuje on następujące normy:

PN-HD 629.1 S2:2006/A1:2008, PN-HD 629.2 S2:2006/A1:2008, PN-EN 61442: 2005.

W przypadku muf do kabli o izolacji papierowej, których dotyczy zadanie nr 7, właściwą normą określającą parametry muf jest norma PN-HD 629.2 S2:2006/A1:2008.

W informacji nr 5 o pytaniach i uzupełnieniach do SIWZ z dnia 13-02-2015, w odpowiedzi na pytanie 9 Zamawiający stwierdził:

„dokument potwierdzający wykonanie badań zgodnie z normą PN-E-06401 będzie traktowany na równi z potwierdzeniem wykonania badań zgodnie z normami PN-HD 629.1 S2 i PN-HD629.2 S2, pod warunkiem przedłożenia oświadczenia jednostki certyfikującej lub badawczej, że nie zaszły znaczne zmiany w wykonywaniu badań typu.”

Wykonawca SICAME w złożonej ofercie przedstawił oceny techniczne nr IEn-EWP- 860/2012 oraz nr IEn-EWP-859/2012 potwierdzające zgodność z normą PN-E-06401-04:1990, której wymagania i procedura badań różni się od wymaganej normą PN-HD 629.2 S2:2006/A1:2008.

W ujawnionej w dniu 10.06.2015 r dokumentacji zawartej na stronie 93 oferty SICAME znajduje się oświadczenie z dnia 09.09.2013 podpisane przez Pana Pierre Górecki w randze Product Development Director, który w imieniu laboratorium LABEP stwierdza m.in. brak znaczących różnic w wykonaniu badań typu.

Ponieważ przedmiotowe oświadczenie funkcjonuje w branży od ponad roku, powodując dość mocne kontrowersje w trakcie procedur o udzielenie zamówień publicznych, Zamawiający powinien przedsięwziąć szczególne działania w celu zweryfikowania jego wiarygodności. Budzić zastrzeżenia powinien znany Zamawiającemu fakt, że Instytut Energetyki w Warszawie zajął przeciwne stanowisko w kwestii różnic w wykonywaniu badań typu. Opinia Instytutu Energetyki powinna wzbudzić zastrzeżenia, co do wiarygodności przedstawionych w oświadczeniu SICAME informacji, ponieważ jest to jednostka, która wykonała badania zaoferowanych przez SICAME muf na zgodność z normą PN-E 06401. Mając taką świadomość Zamawiający powinien wezwać SICAME do dostarczenia prawidłowo wydanego przez jednostkę certyfikującą lub badawczą oświadczenia o braku różnic w wykonaniu badań

przypadku bowiem wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia: „Mufy kablowe SN taśmowo - żywiczne” nie przedstawiając wbrew wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ dokumentów potwierdzających zgodność z właściwą normą t.j. PN-HD 629.2 S2:2006/A1:2008, wydanych przez jednostkę akredytowaną ani też poprawnego oświadczenia o braku różnic w wykonaniu badań typu, wydanego przez uprawnione do tego osoby.

Zamawiający zatem bezpodstawnie zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawcy SICAME, jednocześnie dokonując niezgodnie z przepisami Pzp zakwalifikowania SICAME do aukcji elektronicznej w Zadaniu nr 7 Postępowania. Powyższe potwierdza zasadność zarzutu nr 2 wniesionego w niniejszym odwołaniu.

Odnosnie zarzutu nr 3 niniejszego odwołania.

Celem istnienia systemu akredytacji jednostek badawczych i certyfikujących jest ujednolicenie procedur prowadzenia badań oraz interpretacji ich wyników tak, aby wyniki tych działań były jednakowe niezależnie od tego, które laboratorium badawcze się nimi zajmuje.

Zamawiający całkowicie zignorował informacje przekazywane na etapie wyjaśnień treści SIWZ, wskazujące, że laboratorium badawcze, które prowadziło badania zaoferowanych w postępowaniu przez SICAME muf na zgodność z normą PN-E-06401:1990 nie potwierdza ich zgodności z normą PN-HD 629.2 S2:2006/A1:2008 i wyraźnie wskazuje na różnice w badaniach typu.

Zamawiający miał możliwość weryfikacji twierdzeń podanych w oświadczeniu np. w innych akredytowanych jednostkach badawczych, ale tego nie uczynił, doprowadzając do sytuacji nierównego traktowania wykonawców. Umożliwił bowiem konkurowanie wykonawców oferujących produkty, odośnie których przeprowadzone zostały kosztowne badania typu na zgodność z normą PN-HD 629.2 S2:2006/A1:2008 z wykonawcami, którzy takich nakładów nie ponieśli. Za wystarczającą podstawę do takiego działania Zamawiający uznał treść wadliwego dokumentu, co nosi znamiona preferowania jednego wykonawcy — tego który zdecydował się przedstawić taki wadliwy dokument i prawdopodobnie w celu utrudnienia weryfikacji zgodności jego oferty z wymaganiami SIWZ bezpodstawnie sklasyfikował ten dokument jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Gdyby Zamawiający rzeczywiście chciał rozszerzyć grono potencjalnych wykonawców, mógł ograniczyć swoje wymagania odośnie potwierdzenia zgodności z normami wyłącznie do normy PN-E 06401:1990. W takiej sytuacji Odwołujący, mógłby zaoferować inne mufy, znacznie ograniczając swoje koszty, tak jak wykonawca SICAME.

ofert, w których ww. wykonawcy zaoferowali przedmiot zamówienia w postaci muf CHMP(H) 3-1, CHMPP(H) 3 24kV oraz CHMPP(H)SV3 24kV, nie przedstawiając dokumentu potwierdzającego wykonanie badań typu na zgodność z normą PN-HD 629.2 S2:2006/A1:2008, wydanego przez jednostkę posiadającą odpowiedni zakres akredytacji udzielony przez Polskie Centrum Akredytacji lub jednego z członków EA (European Cooperation for Accreditation) będącego sygnatariuszem Wielostronnego Porozumienia EM MLA wbrew wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ, Załącznik nr 1, „Normy i przepisy”, ppkt 2), str. 29 SIWZ oraz „Wymagane dokumenty” pkt 1 ppkt 2, str. 31 SIWZ;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie czynności oceny złożonych ofert z należytą starannością i zaniechanie odrzucenia oferty SICAME Polska Sp. z o.o., ul. Pańska 73, 00- 834 Warszawa, zwanej dalej SICAME, jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. oferty w której ww. wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie przedstawił dla muf typu JTMPH24 RSM oraz JTPPTH24 RSM, oferowanych w zadaniu nr 4, dokumentów potwierdzających wykonanie badań typu na zgodność z normą PN-E 06401:1990, wydanych przez jednostkę posiadającą odpowiedni zakres akredytacji udzielony przez Polskie Centrum Akredytacji lub jednego z członków EA (European Cooperation for Accreditation) będącego sygnatariuszem Wielostronnego Porozumienia EM MLA wbrew wymaganiom Zamawiającego wyrażonym w informacji nr 4 o pytaniach i uzupełnieniach do SIWZ z dnia 09.02.2015, w odpowiedzi na pytanie 15.
5. art. 91a ust. 1 i art 91b ust. 1 Pzp w zw. z treścią rozdziału XII „Aukcja elektroniczna”, pkt 1) SIWZ oraz z treścią ogłoszenia o zamówieniu, rozdział IV.2.2), poprzez bezpodstawne zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawców: CELLPACK, Konsorcjum z Liderem EKTO, ASAJ oraz SICAME, mimo konieczności odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp ze względu na niezgodność ich treści z treścią SIWZ, co w konsekwencji powoduje brak zaistnienia ustawowych oraz określonych przez Zamawiającego w SIWZ przesłanek do zaproszenia ww. wykonawców do aukcji elektronicznej oraz przeprowadzenia aukcji elektronicznej w przedmiotowym Postępowaniu — zadanie nr 4;
6. art. 91 ust 1 Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnej z wymaganiami SIWZ oferty w przedmiotowym Postępowaniu- zadanie nr 7, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

wymaganiami Zamawiającego wyrażonymi w informacji nr 4 o pytaniach i uzupełnieniach do SIWZ z dnia 09-02-2015, w odpowiedzi na pytanie 15.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Odnosnie zarzutu nr 1 niniejszego odwołania.

Zamawiający wezwał pismem z dnia 28.05.2015 nr ref. 143/MM/OZ/W/2015/5/1802/2015 wykonawcę CELLPACK do złożenia wyjaśnień do złożonej oferty, m.in. poprzez wykazanie, że przedstawione Zamawiającemu dokumenty, opatrzone klauzulą „poufne”, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca CELLPACK nie udowodnił spełnienia wszystkich przesłanek pozwalających uznać zastrzeżone informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz przedstawił zdaniem Odwołującego nieprawdziwe informacje.

Wykonawca CELLPACK wskazał między innymi, że przedstawiona w zastrzeżonych raportach metodyka badań wraz z osiągniętymi wynikami stanowi jego własność intelektualną. Nie jest to prawdą, ponieważ badania na zgodność z określoną normą PN-E 06401:1990, PN-HD 629.1 S2:2008/ AI:2010 czy PN-HD 629.2 52:2008/ AI:2010 prowadzone muszą być zgodnie z metodyką opisaną w tych normach. Wykonawca CELLPACK nie ma żadnych praw związanych z metodyką badań. Prawa te mają organizacje tworzące normy, jak np. CENELEC lub PKN. Gdyby badanie wykonane było według metodyki określonej przez CELLPACK, różniącej się od metodyki zapisanej w normach, nie można byłoby uznać zgodności przedmiotu badań z wymaganiami tych norm.

Wykonawca CELLPACK wskazał również, że osiągnięte wyniki stanowią jego własność intelektualną. Osiągnięte wyniki, szczególnie w zakresie badań zgodności z normą PN-HD 629.2 82:2008/ AI:2010, dotyczącą osprzętu do kabli o izolacji papierowej, polegają na wskazaniu, czy dana próba zakończyła się z wynikiem pozytywnym czy negatywnym. Aby uznać zgodność osprzętu z wymaganiami tej normy, wszystkie próby przez nią wymagane powinny zakończyć się wynikiem pozytywnym. Jeżeli deklaruje się więc zgodność z normą, nie można uznać za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa wskazanie w raporcie z badań, że wynik prób był pozytywny.

Wykonawca CELLPACK wskazał również, że informacje zawarte w raportach z badań pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy w odniesieniu do jego kontrahentów. Jest to ogólne określenie, także zdaniem Odwołującego mijające się z prawdą. W raportach z badań nie ma bowiem żadnych informacji odnosnie kontrahentów przedsiębiorcy czy działaniach przedsiębiorcy w stosunku do nich.

technicznych oraz Certyfikatów dotyczących muf CHMP(H) 3-1, CHMPP(H) 3 24kV oraz CHMPP(H)SV3 24kV.

Odwołujący jest przekonany, że brak jest tych dokumentów również w częściach niejawnych, ponieważ gdyby tam się znajdowały, musiałyby zostać automatycznie ujawnione przez Zamawiającego jako niespełniające kryteriów tajemnicy przedsiębiorstwa. Stanowisko takie Zamawiający wyraził już na etapie wyjaśnień treści SIWZ w informacji o pytaniach i odpowiedziach do SIWZ z dnia 13.02.2015, w odpowiedzi na pytanie 11.

Również wyjaśnienia ww. wykonawców wskazują, że utajnione zostały raporty z badań oraz zestawienia materiałowe poszczególnych zestawów muf. Konsorcjum z liderem EKTO załączył wykaz dokumentów zastrzeżonych, z których dokładnie to wynika. Tak więc raporty z badań są załączone wbrew woli Zamawiającego. Być może celem ww. wykonawców było przedstawienie całych raportów z badań w nawiązaniu do wymagania Zamawiającego określonego w Załączniku nr 1 do SIWZ „Wymagane dokumenty”, pkt 1, ppkt 5, str. 31 SIWZ wskazującym na konieczność dołączenia do oferty wyciągu z badań typu zawierającego zestawienie ze składem ilościowym komponentów wchodzących w skład badanych zestawów.

Nawet jednak w takiej sytuacji należy stwierdzić, że brakuje w ofertach tych wykonawców dokumentów końcowych będących oceną wyrobów CHMP(H) 3-1, CHMPP(H) 3 24kV oraz CHMPP (H) SV3 24kV.

Pomimo tego Zamawiający nie wezwał ww. wykonawców do uzupełnienia tych dokumentów co potwierdza zasadność zarzutu nr 2.

Odnosnie zarzutu nr 3 niniejszego odwołania.

W związku z wykazanim wcześniej brakiem w ofertach tych wykonawców CELLPACK, Konsorcjum z Liderem EKTO oraz ASAJ dokumentów końcowych będących oceną wyrobów CHMP(H) 3-1, CHMPP(H) 3 24kV oraz CHMPP(H)SV3 24kV Zamawiający winien na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucić ofertę wykonawców CELLPACK, Konsorcjum z Liderem EKTO oraz ASAJ ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. W tym przypadku bowiem wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia: „mufy termokurczliwe”, nie przedstawiając wbrew wymaganiom postawionym określonego w Załączniku nr 1 do SIWZ „Wymagane dokumenty”, pkt 1, ppkt 5, str. 31 SIWZ wszystkich wymaganych dokumentów.

Dodatkowo wykonawca CELLPACK w pozycjach 9 — 12 w kategorii muf wyposażonych w złączki śrubowe (strona 9 oferty) zaoferował mufy wyposażone w złączki prasowane odpowiednio:

Poz. 9 - CHMP(H) 3-1 24 kV 70-150 Poz. 10 - CHMP(H) 3-1 24 kV 70-150 Poz. 11 - CHMP(H) 3-1 24 kV 70-150 Poz. 12 - CHMP(H) 3-1 24 kV 95-240

Wymaganie Zamawiającego w tym względzie było jasno wyartykułowane, a sformułowanie wezwania do wykonawcy w oparciu o art. 26 ust 3 ustawy Pzp jest dodatkowym potwierdzeniem, że Zamawiający wymagał również dokumentu potwierdzającego zgodność z normą PN-E 06401. W związku z powyższym Zamawiający powinien w zaistniałej sytuacji dokonać odrzucenia oferty wykonawcy SICAME jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ.

Zaniechanie tej czynności stanowi więc naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, prowadzące jednocześnie do niezgodnego z przepisami Pzp zakwalifikowania SICAME do aukcji elektronicznej w Zadaniu nr 4 Postępowania. Powyższe potwierdza zasadność zarzutów nr 4 i nr 5 wniesionych w niniejszym odwołaniu.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

KIO 1239/15

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a według art. 8 ust. 2 zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

W związku z powyższym zarzuty odwołania uznano za niezasadne, a odwołanie oddalono.

KIO 1243/15

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje

aby potwierdzić okoliczności w oświadczeniu podawane. Odwołujący powyższego obowiązku nie udźwignął, mnożył jedynie swoje wątpliwości w tym zakresie i wskazywał na „poszlaki”, z których bynajmniej to nie wynikało. W szczególności bez znaczenia pozostają tu wykazywane okoliczności dotyczące zasad reprezentacji i składania oświadczeń woli przez Sicame S.A. wynikające z francuskich dokumentów rejestrowych oraz fakt, iż Pan Górecki nie jest członkiem zarządu czy prokurentem tej spółki. Pracownicy laboratorium poświadczający zgodność produktów z normami składają oświadczenia wiedzy (co prawda często wywołujące określone skutki prawne), a nie woli. Również nazwa stanowiska służbowego Pana Góreckiego (Dyrektor ds. Rozwoju Produktu) nie wyklucza tego, iż jest to stanowisko mieszczące się w strukturach laboratorium. Odwołujący wnioski tego typu wyciągał z brzmienia samej nazwy sprawowanej funkcji, zamiast wykazać strukturę stanowisk Sicame S.A. i/lub jej jednostek badawczych.

W świetle powyższego Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania prawidłowości oświadczenia przedłożonego przez wykonawcę Sicame i uznania niezgodności treści jego oferty z SIWZ w zakresie potwierdzenia przez oferowane produkty określonych norm w sposób wymagany przez Zamawiającego.

Pozostałe zarzuty odwołania są wtórne do zarzutów opisanych powyżej.

KIO 1245/15

Zarzut nr 1

Zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa - Raportów z badań przedstawionych przez Cell Pack oraz pozostałych wykonawców posługujących się dokumentami Cell Pack, jest niezasadny.

Raporty z badań prowadzonych przez wyspecjalizowane jednostki badawcze w zakresie spełniania norm, stanowią ich własność intelektualną i są przez te jednostki uznawane za dokumenty poufne. Również kontrahenci ww. jednostek zlecający przeprowadzenie badań, podejmują na ogół działania zmierzające do utrzymania ich poufności. Ponadto sam Odwołujący w piśmie z dnia 1 czerwca 2015 r. kierowanym do Zamawiającego, a dotyczącym wyjaśnień w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w jego ofercie, stwierdzał m.in., że całe raporty z badań typu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa członków konsorcjum.

Przy takim stanowisku i działaniach Odwołującego w niniejszym postępowaniu przetargowym, a także wobec utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa objętej zarzutami odwołania KIO 1239/15, ujawnienie żądanych Raportów z badań byłoby przejawem podwójnych standardów i nierównego traktowania wykonawców.

wyjaśnione przy pomocy zwykłych wyjaśnień treści oferty – co przystępujący Cellpack wystarczająco uczynił w trakcie rozprawy.

W związku z powyższym jego ofertę należało uznać za zgodną z treścią SIWZ.

Zarzut nr 4

Zarzut jest niezasadny.

W powoływanych przez Odwołującego postanowieniach SIWZ Zamawiający nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnianie normy PN-E 06401:1990 (normy „do potwierdzenia” wskazano w pkt 1 ppkt 2 lit. a Zał. nr 1 do SIWZ, str. 31 SIWZ).

Nie zmieniły powyższego również odpowiedzi i wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ. Należy rozróżnić w tym kontekście żądanie materialnego spełniania przez oferowane produkty określonych norm, od wymagań dotyczących formalnego potwierdzenia powyższego przez stosowne i wskazane dokumenty.

Pozostałe zarzuty odwołania są wtórne do zarzutów opisanych powyżej.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Wnioskowane przez Zamawiającego koszty zasądzono w zakresie w jakim zostały udokumentowane rachunkami potwierdzającymi ich poniesienie, o których mowa w ww. przepisie.



Sybir Kuchnia

Na oryginalnie złożonej kopii.
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowego Rejonowego Sądu Administracyjnego
Magdalena Grabarczyk
Magdalena Grabarczyk