

Sygn. akt: KIO 1239/15

Sygn. akt: KIO 1243/15

Sygn. akt: KIO 1245/15

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,

E. SICAME Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1243/15 i KIO 1245/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża SICAME Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Energy Partners Sp. z o.o. w Zakrzewie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energy Partners Sp. z o.o. w Zakrzewie i Voltex S.A. w Lubinie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SICAME Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Energy Partners Sp. z o.o. w Zakrzewie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energy Partners Sp. z o.o. w Zakrzewie i Voltex S.A. w Lubinie tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od SICAME Polska Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od Energy Partners Sp. z o.o. w Zakrzewie na rzecz PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.4. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energy Partners Sp. z o.o. w Zakrzewie i Voltex S.A. w Lubinie na rzecz PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

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 zgodności z wymaganiami SIWZ, a także zaniechaniu udzielenia przez Zamawiającego informacji co do zawartości ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 i w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu ww. ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia (ujawnienia) treści ofert wykonawców Energy Partners (zad. nr 7); Voltex+SGL (zad. nr 6 i 7) i Voltex+Energy Partners (zad. nr 4) w zakresie odnoszącym się do Składów.

[Odwołanie referowane w zakresie zarzutów i żądań podtrzymanych przez Odwołującego]

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Zgodnie z SIWZ, Załącznik 1 - Specyfikacja Techniczna, str. 31 "Wymagane dokumenty do oferty", pkt 5), Zamawiający wymagał załączenia do oferty m.in. "wyciągu z badań typu zawierającego zestawienie ze składem ilościowym komponentów wchodzących w skład badanych zestawów" (Składy). Tym samym należało dołączyć do oferty fragment badań w którym określa się skład badanego zestawu, oferowanego przez Wykonawcę w Postępowaniu. Taki dokument pozwala Zamawiającemu na ustalenie, czy badanie typu, na które powołuje się Wykonawca, przeprowadzone zostało dla produktu o składzie, jaki został zaoferowany w Postępowaniu.

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne wynikająca z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Przejawem zasady jawności jest regulacja wynikająca z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a więc co do zasady są one jawne od tego momentu. Ograniczenie dostępu do

informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że 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.

Odmowa udostępnienia może nastąpić zatem wyłącznie wtedy, gdy informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu 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. 1 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 podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji¹. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Zasada jawności postępowania o zamówienia publiczne gwarantuje przejrzystość prowadzonego postępowania oraz pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców, a wyjątki od niej należy interpretować w sposób ścisły.

Odnosząc powyższe do realiów niniejszej sprawy Odwołujący wskazuje, że w zakresie zastrzeżenia części ofert Wykonawców Energy Partners (zad. nr 7); Rutex (zad. nr 6); Voltex+SGL (zad. nr 6 i 7) i Voltex+Energy Partners (zad. nr 4) w zad. 4, 6 i 7 odnoszących się do Składów brak było łącznego spełnienia przesłanek

umożliwiających skuteczne zastrzeżenie ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanych w art. 11 ust. 4 uznk.

Po pierwsze bowiem Składy zestawów są każdorazowo dołączane (podane do publicznej wiadomości) do instrukcji montażu sprzedawanych muf kablowych. Powyższe wskazuje zatem, że nie tylko są to informacje jawne, publicznie dostępne w zwykłym trybie dla jakiegokolwiek podmiotu, ale również, że informacje te nie są również informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą, gdyż nie obrazują żadnych sposobów wytwarzania, wzorów i metod działania, ani nie przedstawiają obiektywnej wartości gospodarczej. Nie można również przyjąć, że wykonawca podjął jakiegokolwiek działania mające na celu zachowanie poufności Składów, skoro są one załączane do każdego opakowania towaru wraz z instrukcją, co czyni je informacjami jawnymi, bez względu na to, czy są one podane w instrukcji montażu czy w badaniu typu bowiem istotna jest treść, jaka podlega ujawnieniu a nie nazwa dokumentu, w jakim została ona umieszczona, zwłaszcza, że nie ma przeszkód technicznych, by dany dokument udostępnić w takiej formie, by widoczne były tylko zawarte w nim informacje jawne (składy są podawane w wyodrębnionej części badania, osobnym punkcie, załączniku itp.).

Odwołujący zaznacza, że w wyroku z dnia 7 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1239/13, Izba wskazała, że „tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego ” W ocenie Odwołującego nie może zostać uznana za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa informacja, która funkcjonuje już w powszechnej świadomości, a zatem dostęp do niej z samej istoty nie może być limitowany (również ze względów czysto faktycznych i technicznych).

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:

1. art 26 ust. 3 Pzp poprzez:

- a) bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy SICAME do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających wykonanie badań typu muf zaoferowanych w zadaniu nr 7 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 lub do złożenia prawidłowego oświadczenia o braku znaczących różnic w wykonaniu badań typu wydanego przez jednostkę badawczą lub certyfikującą,
- b) bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy SICAME do przedstawienia dokumentów wskazujących umocowanie osoby sygnującej oświadczenie potwierdzające brak różnic w wykonaniu badań typu do reprezentowania laboratorium badawczego w imieniu którego oświadczenie zostało wydane, w szczególności w zakresie działań objętych akredytacją tego laboratorium.

2. art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez:

- a) zaniechanie czynności oceny złożonych ofert z należytą starannością i bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SICAME jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), tj. oferty w której ww. wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia: „Mufy kablowe SN taśmowo - żywiczne” 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” pktl ppkt 2 str 31. SIWZ;

- b) zaniechanie czynności oceny złożonych ofert z należytą starannością i bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SICAME jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. oferty w której ww. wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia: „Mufy kablowe SN taśmowo - żywiczne” przedstawiając dokument potwierdzający wykonanie badań typu na zgodność z normą PN-E 06401:1990, jednak bez prawidłowego, spełniającego wymogi 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 „SGL” International w zakresie zadania nr 7 przedmiotowego Postępowania - z uwagi na brak przesłanek do przeprowadzenia aukcji elektronicznej;
2. odrzucenia oferty wykonawcy SICAME na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ - zgodnie .z ww. zarzutem nr 2 niniejszego Odwołania
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym Postępowaniu, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ;

ewentualnie:

4. unieważnienia wadliwej czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców: SICAME, Odwołującego i Konsorcjum firm Voltex S.A. i „SGL” International w zakresie zadania nr 7 przedmiotowego Postępowania - z uwagi na brak przesłanek do przeprowadzenia aukcji elektronicznej;
5. powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu - zadanie nr 7;
6. wykonania czynności polegającej na wezwaniu wykonawcy SICAME do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów i oświadczeń

potwierdzających spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego w treści SIWZ, Załącznik nr 1, „Normy i przepis/”, ppkt 2, str. 29 SIWZ oraz „Wymagane dokumenty” pktl ppkt 2 str. 31 tj. 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 lub dostarczenia prawidłowo wydanego przez jednostkę certyfikującą lub badawczą oświadczenia o braku różnic w wykonaniu badań typu, lub przedstawienia dokumentów potwierdzających umocowanie Pana P. G. do wydawania oświadczeń w imieniu akredytowanego laboratorium badawczego

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

Odnosnie zarzutu nr 1 niniejszego odwołania.

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 P. G. 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 typu lub przedstawienia dokumentów potwierdzających umocowanie Pana P. G. do wydawania oświadczeń w imieniu akredytowanego laboratorium.

Ewentualnie Zamawiający powinien wezwać SICAME do przedstawienia 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.

Takich wezwań Zamawiający jednak nie uczynił na etapie badania ofert t.j. do 02.06.2015, kiedy to wystosował zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.

Powyższe potwierdza zasadność zarzutu nr 1.

Odnośnie zarzutu nr 2 niniejszego odwołania.

Zdaniem Odwołującego oświadczenie znajdujące się na stronie 93 oferty SICAME jest dokumentem wadliwym, ponieważ nie jest wydane przez laboratorium certyfikujące lub badawcze.

Podpisany pod dokumentem pan P. G. w opinii Odwołującego nie jest osobą uprawnioną do reprezentowania laboratorium badawczego LABEP. Zgodnie z normą EN-17025:2005 określającą zasady akredytacji jednostek badawczych i certyfikujących struktura badawcza laboratorium powinna być wydzielona i niezależna od innych jednostek firmy. Celem wydzielenia struktury badawczej jest przede wszystkim zapobieżenie ewentualnym konfliktom interesów. Osoby odpowiedzialne za działalność z związaną z prowadzeniem badań nie mogą pełnić innych funkcji w przedsiębiorstwie posiadającym akredytowaną jednostkę badawczą, jak na przykład funkcji marketingowych bądź związanych ze sprzedażą. Funkcja osoby sygnującej oświadczenie — „Product Development Director” nie wskazuje na jakikolwiek związek z działalnością laboratorium. Sugeruje ona bardziej odpowiedzialność za rozwój oferty produktowej, a nie działalność badawczą.

Potwierdzeniem dla stanowiska Odwołującego może być również opinia samego wykonawcy - firmy Sicame Polska Sp. z o.o. odnośnie tego dokumentu (w załączeniu), przedstawiona w korespondencji związanej z postępowaniem publicznym UZZ/95/PN/2013 prowadzonym przez Tauron Dystrybucja S.A. Stwierdza się w niej, że przedmiotowe oświadczenie nie ma i nie miało nic wspólnego z

proszonymi badaniami w ramach posiadanej przez laboratorium LABEP akredytacji.

W związku z powyższym Zamawiający winien na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucić ofertę wykonawcy SICAME ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. W tym 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 uprawnioną do tego osobę.

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, odnośnie 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 odnośnie 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.

Jednocześnie Zamawiający w nieuzasadniony sposób przeciągając podjęcie decyzji w sprawie ujawnienia zastrzeżonych informacji znacząco utrudnił skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Nieuzasadnione uznanie przez Zamawiającego oferty wykonawcy SICAME jako zgodnej z SIWZ i zaniechanie jej odrzucenia oznacza, że Zamawiający nie traktuje wykonawców biorących udział w przedmiotowym Postępowaniu — Zadanie nr 7 w równy sposób oraz nie prowadzi niniejszego Postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, wymaganej w art. 7 ust. 1 Pzp.

[...]"

Sygn. akt: KIO 1245/15

W dniu 12 czerwca 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Energy Partners Sp. z o.o. w Zakrzewie i Voltex S.A. w Lubinie wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem naruszenia przez Zamawiającego w części 4 zamówienia, następujących przepisów prawa:

1. art. 8 ust. 1—3 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia wglądu do dokumentacji bezzasadnie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa poprzez wykonawcę - Cellpack Polska Sp. z o.o. ul. Matuszewska 14,03-876 Warszawa, zwanego dalej CELLPACK, Konsorcjum firm z Liderem: Przedsiębiorstwo Produkcyjno — Handlowe EKTO Sp. z o.o., KWANT D. K. s.j., PW SEA A. A., ul. Elewatorska 17/1, 15-620 Białystok, zwanego dalej Konsorcjum z Liderem EKTO oraz ASAJ Sp. z o.o. ul. Tetmajera08-110 Siedlce, zwaną dalej ASAJ;

2. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawców CELLPACK, Konsorcjum z Liderem EKTO oraz ASAJ do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających wykonanie badań typu muf zaoferowanych w zadaniu nr 4 na zgodność z normą PN-HD 629.2 S2:2006/A1:2008 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;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie czynności oceny złożonych ofert z należytą starannością i zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców CELLPACK, Konsorcjum z Liderem EKTO oraz ASAJ jako ofert, których treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ, tj. 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.

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wadliwej czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców: CELLPACK, Konsorcjum z Liderem EKTO, ASAJ oraz SICAME w zakresie zadania nr 4 przedmiotowego Postępowania
2. unieważnienia wadliwej czynności w postaci aukcji elektronicznej - z uwagi na brak przesłanek do jej przeprowadzenia;
3. dokonania odrzucenia ofert wykonawców CELLPACK, Konsorcjum z Liderem EKTO, ASAJ na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp jako ofert, których treść jest niezgodna z treścią SIWZ;
4. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy SICAME na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ

5. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym Postępowaniu, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ;

ewentualnie

6. dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu - zadanie nr 4;
7. udostępnienia do wglądu Odwołującemu części dokumentacji złożonej przez wykonawców: CELLPACK, Konsorcjum z Liderem EKTO, ASAJ, bezpodstawnie uznanej za tajemnicę przedsiębiorstwa, zawierającej m.in. opis procedury badań muf typu CHMP(H)3-1, CHMP(H)3-1 SV, CHMPP(H)3, CHMPP(H)SV3, opis odcinków badawczych oraz informację o tym, czy wynik poszczególnych prób był pozytywny czy negatywny;
8. wezwania wykonawców CELLPACK, Konsorcjum z Liderem EKTO, ASAJ do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego w treści SIWZ, Załącznik nr 1, „Normy i przepisy”, ppkt 2), str. 29 SIWZ oraz „Wymagane dokumenty” pkt I ppkt 2, str. 31, t.j. dokumentu potwierdzającego wykonanie badań typu na zgodność z normą PN-HD 629.2 S2:2006/A1:2008 oraz 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, a także dostarczenia 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 zgodnie z 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.:

„[...]”

Odnoszenie 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, różniące 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 odnośnie kontrahentów przedsiębiorcy czy działaniach przedsiębiorcy w stosunku do nich.

Tak więc CELLPACK nie wykazał spełnienia wszystkich ustawowych przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponieważ wymagane jest łączne spełnienie tych przesłanek, nawet pomimo prawdopodobnego podjęcia przez wykonawcę CELLPACK działań w celu zachowania poufności raportów z badań, informacja ta nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i powinna być ujawniona przez Zamawiającego.

Analogiczna sytuacja występuje w przypadku wykonawców Konsorcjum z liderem EKTO oraz AS AJ, którzy oferowali również asortyment produkcji CeUpack i na wezwanie Zamawiającego udzielili jednakowych, niewystarczających, zdaniem Odwołującego, wyjaśnień.

Reasumując, Zamawiający powinien udostępnić do wglądu dokumentację bezzasadnie zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa poprzez wykonawców CELLPACK, Konsorcjum z Liderem EKTO oraz ASAJ. Nieudostępnienie wglądu do bezpodstawnie zastrzeżonych dokumentów ww. wykonawców spowodowało naruszenie przez Zamawiającego art. 8 Pzp., co potwierdza zasadność zarzutu nr 1.

Odnośnie zarzutu nr 2 niniejszego odwołania.

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”, pkt 1, ppkt 3, 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 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 wytłaczanej z tworzyw sztucznych, których dotyczą poz. 1-7 zadania nr 4 właściwą normą określającą parametry muf jest norma PN-HD 629.1 S2:2006/A1:2008.

W przypadku muf do kabli o izolacji papierowej, których dotyczą poz. 8 — 18 zadania nr 4 właściwą normą określającą parametry muf jest norma PN-HD 629.2 S2:2006/A1:2008.

Dodatkowo Zamawiający sprecyzował, że nie wymaga zamieszczania w ramach oferty całego sprawozdania (raportu) z badań typu lecz tylko dokumentu końcowego będącego oceną wyrobu np.: Certyfikatu, Oceny Technicznej.

W częściach jawnych ofert wykonawców CELLPACK, Konsorcjum z Liderem EKTO oraz ASAJ znajdują się oceny techniczne dotyczące muf CHM oraz CHMSV, brak jest natomiast Ocen 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.

Odnośnie 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

Według karty katalogowej przedstawionej na stronie 71 oferty CELLPACK mufy wyposażone w złączki śrubowe powinny mieć oznaczenie z końcówką SV. Mufy bez tego oznaczenia zgodnie z kartą katalogową w ogóle nie są wyposażone w złączki (złączki należy zamawiać dodatkowo).

Ponieważ w Załączniku nr 1 do SIWZ „Wymagane dokumenty”, pkt 1, ppkt 1, str. 31 SIWZ Zamawiający wymagał, aby do dokumentacji załączone były karty katalogowe potwierdzające wymagane parametry techniczne, należy przyjąć, że ww. karta katalogowa jest właściwym dokumentem, na podstawie którego można ustalić rodzaj złączek będących na wyposażeniu zestawu, jaki wykonawca oferuje i zamierza dostarczać w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wynika stąd, że mufy zaoferowane w pozycjach 9 - 12 na stronie 9 oferty CELLPACK nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego odnośnie wyposażenia w złączki śrubowe, przez co oferta CELLPACK w zadaniu nr 4 powinna zostać odrzucona.

Zamawiający zatem bezpodstawnie zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawców CELLPACK, Konsorcjum z Liderem EKTO oraz ASAJ, jednocześnie dokonując niezgodnie z przepisami Pzp zakwalifikowania tych wykonawców do aukcji elektronicznej w Zadaniu nr 4 Postępowania. Powyższe potwierdza zasadność zarzutu nr 2, 3 i nr 5 wniesionych w niniejszym odwołaniu.

Odnosnie zarzutu nr 4 niniejszego odwołania.

W informacji o pytaniach i odpowiedziach z dnia 09.02.2015 w odpowiedzi na pytanie 15 Zamawiający stwierdził, że „W przypadkach, gdy przedmiotowa norma została wycofana bez zastąpienia nową, oferowane wyroby muszą spełniać wymogi normy wycofanej” Ponieważ norma PN-E 06401:1990 została wycofana bez zastąpienia nową, oznacza to, że oferowane wyroby muszą spełniać również jej wymagania. Zatem dokument potwierdzający wykonanie badań typu powinien wskazywać na zgodność z normą PN-E 06401:1990.

W ocenach technicznych stanowiących dokumenty potwierdzające wykonanie badań typu dla muf JTMPH 12-24 oraz JTPH 12-24 zaoferowanych w zadaniu nr 4 przez wykonawcę SICAME nie ma adnotacji o zgodności z normą PN-E 06401:1990. Zamawiający pismem z dnia 28.05.2015 nr ref. 143/MM/OZ/W/2015/5/1802/2015 wezwał wykonawcę SICAME na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia złożonej oferty o dokument potwierdzający zgodność zaoferowanych w zadaniu nr 4 muf typu: JTMPH24 oraz JTPH24 z normą PN-E 06401:1990. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca SICAME przedstawił własną interpretację intencji Zamawiającego, nie uzupełniając oferty o wymagane dokumenty.

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 legitymuje 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.

Natomiast zgodnie z art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Informacje, których udostępnienia domaga się Odwołujący stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. przepisów.

Informacja o przebadanych składach zestawu mufowego posiada znaczenie gospodarcze, a także nie jest wcale informacją powszechnie udostępnianą i znaną. Jej wartość gospodarcza przejawia się m.in. w nieujawnianiu jakie dokładnie urządzenia z potencjalnej oferty przedsiębiorcy (a nie tylko ich typoszeregi) zostały przebadane na okoliczność zgodności z normami i jakimi możliwościami rynkowymi w tym zakresie wykonawca dysponuje.

Ich dokładny skład na etapie ofertowania nie jest też wcale jawny, a oceny charakteru informacji na ten temat nie zmienia fakt, że stanie się on jawny w razie ewentualnego uzyskania zamówienia i realizacji dostaw. Powyższe ma jedynie potencjalny charakter i jak najbardziej nie przekreśla zasadności ochrony informacji przez wykonawcę, gdy zamówienia jeszcze nie otrzymał i możliwe, że nie otrzyma. Wykonawca może godzić się z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa w zamian za uzyskanie zamówienia, nie musi jednak być narażony na powyższe jedynie w związku z samym udziałem w postępowaniu.

Przy czym zaznaczyć należy, iż składy oferowane w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawców wskazanych w odwołaniu, nie są dokładnie tymi samymi składami, które były oferowane w postępowaniu prowadzonym przez Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie oraz są dostępne w hurtowej sprzedaży (w postaci instrukcji montażu załączanej do produktów). W tym zakresie Izba uwzględniła i oceniła dowody powoływane przez Odwołującego w treści odwołania i piśmie procesowym z dnia 30 czerwca br. złożonym na rozprawie, i na podstawie ich porównania ze składami zawartymi w ofertach stwierdziła powyższe.

Ponadto wskazać należy, iż okoliczności takie jakie podniesiono w odwołaniu, Zamawiający zauważył i podniósł już w piśmie z dnia 28 maja 2015 r. skierowanym do Energy Partners Sp. z o.o.. W piśmie z dnia 29.05.2015 r. Energy Partners odniosła się do bezpośrednio do powyższego, co w zestawieniu z pismem ww. spółki z dnia 10 kwietnia 2015 r. należy uznać za wystarczające wykazanie wypełniania ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższymi 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 pomieszczone 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 zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

W świetle bezspornego pomiędzy stronami znaczenia postanowień SIWZ, Zamawiający dopuścił potwierdzenie spełniania przez oferowane urządzenia norm PN-HD 629.1 S2 i PN-HD 629.2 S2 (normy nowe) przez przedłożenie dokumentu potwierdzającego spełnianie normy PN-E-06401 (norma stara) pod warunkiem przedłożenia oświadczenia jednostki certyfikującej lub badawczej, że nie zaszły znaczne zmiany w wykonywaniu badań typu.

Zarzuty odwołania sprowadzają się w tym przypadku do próby wykazania, że w ofercie Sicame zabrakło stosownego oświadczenia jednostki certyfikującej lub badawczej potwierdzającego, że nie zaszły znaczne zmiany w wykonywaniu badań typu.

Odwołujący zakwestionował oświadczenie w tym przedmiocie zawarte na str. 93 oferty Sicame jako złożone przez osobę nieuprawnioną do składania w imieniu laboratorium oświadczeń tego typu. Według Odwołującego Pan P. G. podpisujący ww. oświadczenie nie jest pracownikiem laboratorium LABEP, które jest jednostką organizacyjną firmy Sicame S.A. z siedzibą we Francji, ale jest pracownikiem tej spółki – Dyrektorem ds. Rozwoju Produktu (tego typu pieczęcią się posługuje).

Należy podkreślić, że w treści odwołania nie przedstawiono, żadnych rzeczowych twierdzeń, a tym samym zarzutów w przedmiocie materialnej nieprawdziwości faktów w oświadczeniu poświadczanych. Zarzuty odwołania sprowadzały się więc jedynie do kwestionowania formalnej prawidłowości rzeczowego oświadczenia, konkretnie braku weryfikacji przez Zamawiającego czy Pan P. G. był umocowany do występowania w imieniu laboratorium LABEP.

Względem tak sformułowanych zarzutów Izba stwierdza, że to na Odwołującym ciążył w tym przypadku obowiązek udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne – udowodnienia okoliczności, iż Pan P. G. nie jest pracownikiem LABEP i nie posiada uprawnień oraz wiedzy, 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 G. 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 G. (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.

Ponadto na podstawie Raportów z badań możliwe jest ustalenie szeregu szczegółowych fizycznych i technicznych cech produktów z oferty wykonawcy, które decydują o ich unikalności i specyfice, a tym samym informacje na ten temat mają znaczenie gospodarcze i podlegają ochronie.

Zarzut nr 2

Zarzut jest niezasadny.

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ „Wymagane dokumenty”, pkt 1, ppkt 3, str. 31 SIWZ wymagał przedłożenia wraz z ofertą *dokumentów potwierdzających 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.*

Zmawiający zastrzegł przy tym, iż *nie wymaga zamieszczenia w ramach oferty całego sprawozdania (raportu) z badań typu lecz tylko dokumentu końcowego będącego oceną wyrobu np.: Certyfikat, Ocena Techniczna, itp.*

Wykonawcy, których zarzut dotyczy przedłożyli całe Raporty z badań typu dla oferowanych urządzeń. Dokumenty potwierdzające zgodność z wymaganymi normami przedłożono odpowiednio: na str 88 i n. oferty Cellpack, str. 100 i n. oferty ASAJ oraz str. 163 i n. oferty Konsorcjom EKTO.

Powyższe stanowi prawidłowe potwierdzenie spełniania określonych norm - zgodne z wymaganiami SIWZ w tym zakresie. Natomiast interpretacja ww. postanowień SIWZ jako wykluczających możliwość przedłożenia całych Raportów, a sprowadzająca się do żądania przedłożenia li tylko ich części lub zaświadczeń wydanych na ich podstawie, jest *par excellence* nie do przyjęcia.

Zarzut nr 3

Zarzuty opisane w tym punkcie odwołania są niezasadne.

Wykonawcy potwierdzili zgodność oferowanych „muf termokurczliwych” ze wskazanymi normami przy pomocy stosownych Raportów z badań.

Powyższe dokumenty zawarto odpowiednio: Cellpack na str. 90 i n. oferty, ASAJ na str 102 i n. oferty, konsorcjum EKTO na str 164 i n. oferty.

Ponadto wykonawca Cellpack zaoferował w formularzu ofertowym (str. 9 oferty) mufy wyposażone w złączki śrubowe. O powyższym przesądza zaznaczony przez oferenta dopisek – tytuł tabeli formularza ofertowego („ze złączkami śrubowymi”). Natomiast jakiegokolwiek rozbieżności pomiędzy tytułem zestawu, a oznaczeniami symbolicznymi muf mogły zostać 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 spełnienia 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 zasądzone w zakresie w jakim zostały udokumentowane rachunkami potwierdzającymi ich poniesienie, o których mowa w ww. przepisie.

.....