

WYROK
z dnia 17 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2022 r. przez odwołującego: **Airly Public Poland sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (ul. Mogilska 43, 31-545 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie** (ul. Kolska 12, 01-045 Warszawa),

przy udziale wykonawcy:

PUBLOCO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (ul. Miszewskiego 16/7, 80-239 Gdańsk), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie dotyczące zarzutu naruszenia: a) art. 226 ust.1 pkt 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych w zakresie zaniechania odrzucenia oferty (a w konsekwencji dokonanie jej oceny i wyboru jako najkorzystniejszej) firmy Publoco sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku z powodu nie wniesienia wadium oraz b) art. 74 ust.1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; W pozostałym zakresie umarza postępowanie odwoławcze;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Airly Public Poland sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (ul. Mogilska 43, 31-545 Kraków) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza na rzecz zamawiającego: **Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie** (ul. Kolska 12, 01-045 Warszawa) od odwołującego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 27 maja 2022 r. przez odwołującego: Airly Public Poland sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dostawę i instalację zestawów do pomiaru zanieczyszczenia powietrza, w podziale na siedem Części”. Nr ref. ZZOSE.2111.1.2022.2.MPU[OSE2021][ESA_MIER_2022]. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 2022/S 010- 017998 z dnia 2022-01-14.

Odwołujący podał, że: (...)

1. wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

a) zaniechaniu odrzucenia oferty firmy Publoco sp. z o.o., dokonania jej oceny i wyboru jako najkorzystniejszej,

b) zaniechaniu udostępnienia oferty firmy Publoco sp. z o.o. oraz Global Innovative Solutions K. B. Ś., oraz udostępnienia protokołu postępowania w dniu 27.05.2022 r., tj. w 10 dniu po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem w sposób uniemożliwiający weryfikację czynności Zamawiającego w terminie na złożenie odwołania,

c) na błędnej ocenie (zaniżeniu punktacji) oferty Odwołującego - poprzez nieprzyznanie 2,5 pkt w ramach kryterium oceny ofert „Obudowa Urządzenia o stopniu ochrony określonym klasą IP54 – certyfikat” dla wszystkich części,

d) na błędnej ocenie (zawyżeniu punktacji) oferty firmy Global Innovative Solutions K. B. Ś. - poprzez przyznanie 2,5 pkt w ramach kryterium oceny ofert „Kompatybilność elektromagnetyczna Urządzenia zgodna z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną – certyfikat” dla wszystkich części w których ta oferta została złożona,

2. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 14 oraz pkt 2b PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (a w konsekwencji dokonanie jej oceny i wyboru jako najkorzystniejszej) firmy Publoco sp. z o.o., która to firma nie wniosła wadium w sposób prawidłowy oraz nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

b) art. 74 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 18 ust.1 i 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej treści oferty firmy Publoco sp. z o.o. oraz Global Innovative Solutions K. B. Ś. w sytuacji, gdy wykonawcy Ci nie wykazali, że te części oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz poprzez udostępnienie protokołu

postępowania w dniu 27 maja 2022 r. o godz. 14:35, tj. w sposób uniemożliwiający weryfikację czynności w terminie na złożenie odwołania,

- c) i d) art. 239 ust. 1 PZP w zw. art. 281 ust. 1 pkt 17 PZP z rozdz. XV, ust. 1 pkt 3) i 4) SWZ - poprzez przyznanie punktacji niezgodnie z zapisami SWZ i zaniżenie punktacji oferty Odwołującego oraz zawyżenie punktacji oferty firmy Global Innovative Solutions K. B. Ś.
- e) art. 226 ust. 1 pkt 3 i 6 PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (a w konsekwencji dokonanie jej oceny i wyboru jako najkorzystniejszej) firmy Publoco sp. z o.o., która to firma nie złożyła oferty w sposób prawidłowy.

3. W związku z powyższym Odwołujący wniosł o:

- a) uwzględnienie odwołania w całości,
- b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach 1,3,4,5,6,7,
- c) nakazanie Zamawiającemu udostępnienia całości ofert firm Publoco sp. z o.o. oraz Global Innovative Solutions K. B. Ś.,
- d) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty firmy Publoco sp. z o.o.,
- e) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert oraz w ramach tej oceny:
 - nieprzyznanie ofercie firmy Global Innovative Solutions K. B. Ś. punktacji w kryterium „Kompatybilność elektromagnetyczna Urządzenia zgodna z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną – certyfikat” dla wszystkich części w dla których została ona złożona,
 - przyznanie ofercie Odwołującemu 2,5 pkt w kryterium „Obudowa Urządzenia o stopniu ochrony określonym klasą IP54 – certyfikat” dla wszystkich części w dla których została ona złożona,
- f) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Wskazał, że „Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu odwołania, albowiem uczestniczy w przedmiotowym Postępowaniu, złożył ważną ofertę, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji w końcowym rankingu oceny ofert - dotyczy części 3, 4, 5, 7 oraz pozycji trzeciej w końcowym rankingu oceny ofert – dotyczy części 1 i 6, wedle zawiadomienia Zamawiającego z dnia 17 maja 2022 r. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym udzieleniem mu zamówienia, złożył ważną ofertę w przedmiotowym Postępowaniu, co czyni prawdopodobnym uzyskanie przez Odwołującego zamówienia, zaś dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych czynności i zaniechania Zamawiającego mogą uniemożliwić uzyskanie przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, Zamawiający zobowiązany będzie do dokonania ponownej oceny ofert i

ustanowiony zostanie zupełnie nowy ranking ofert, wedle którego to oferta Odwołującego winna stać się ofertą najwyżej ocenioną w Postępowaniu.”.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów wskazał w szczególności (cyt.):

Ad. 1a. Odwołujący wskazuje, że wykonawca - Publoco sp. z o.o. nie złożył zgodnego z wymaganiami Zamawiającego wadium.

Zgodnie bowiem z zapisami SWZ - rozdz. X. pkt 4:

„Wadium w pieniądzu (oddzielnie dla każdej z Części – w przypadku składania oferty na kilka Części) należy wpłacić przelewem na rachunek 83 1750 0009 0000 0000 3999 8394, w tytule przelewu należy wskazać numer postępowania, tj. „Dostawa i instalacja zestawów do pomiaru zanieczyszczenia powietrza, w podziale na siedem Części”, znak postępowania: „ZZOSE.2111.1.2022.2.MPU[OSE2021][ESA_MIER_2022], dot. Części nr Koszty prowizji bankowych z tytułu wpłaty wadium ponosi Wykonawca.”

- zaś do oferty firmy Publoco sp. z o.o. załączony (jako potwierdzenie wpłacenia wadium) został dokument, stanowiący potwierdzenie przelewu pochodzącego od firmy „DAC SYSTEM T. K.” - która nie złożyła oferty w niniejszym postępowaniu. Dodatkowo tytuł tego przelewu nie odpowiada wymaganiam SWZ.

Tym samym uznać należy, że dokument ten nie stanowi potwierdzenia wpłaty wadium w niniejszym postępowaniu przez firmę Publoco sp. z o.o. lub na jej rzecz. Żaden dokument nie wskazuje, że wpłata dokonana przez firmę „DAC SYSTEM T. K.” jest wpłatą wadium zabezpieczającą ofertę firmy Publoco sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu. Rolą wadium jest jednoznaczne i bezsporne zabezpieczenie konkretnej oferty, co w niniejszym przypadku nie nastąpiło. Może bowiem dojść do sytuacji, w której firma „DAC SYSTEM T. K.” zwróci się do Zamawiającego o zwrot wpłaconej kwoty jako kwoty wpłaconej bezpodstawnie, co Zamawiający będzie zobowiązany wykonać.

Ewentualna argumentacja o związkach osobowych firmy „DAC SYSTEM T. K.” i Publoco sp. z o.o. pozostaje bez znaczenia, gdyż spółka kapitałowa posiada osobowość prawną i tego typu związki mogą zostać w każdej chwili zerwane, zaś p. T. K. powiązany jest również ze spółką Elteris sp. z o.o. - co oznacza, że równie dobrze mogłaby ona złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, posługując się jako wadium wpłatą dokonaną przez firmę „DAC SYSTEM T. K.” - i w zależności od wyników otwarcia ofert/przebiegu postępowania możliwe by było „przypisanie” tej wpłaty do tej oferty, która by była korzystniejsza dla wykonawcy.

Odwołujący odnosi się do powszechnie przyjętego stanowiska doktryny, które stwierdza, że dokonanie wpłaty wadium przez podmiot trzeci jest możliwe, jednak w takim przypadku winno jednoznacznie wskazywać ofertę którą zabezpiecza: *„Odnosząc się zatem wprost do przedstawionego pytania stwierdzić trzeba, że jeżeli zamawiający na podstawie*

posiadanych dokumentów jest w stanie stwierdzić, że wadium wniesione przez podmiot trzeci zabezpiecza konkretną ofertę wykonawcy (np. wraz z ofertą złożono dokument potwierdzający wniesienie wadium, z którego wynika w czyim imieniu lub na czyją rzecz, wadium jest wnoszone) i wniesiono je w terminie, to wadium owo uznać należy za wniesione skutecznie.” (Paulina SoszyńskaPurtak, Czy wniesienie wadium przez inny podmiot niż wykonawca należy uznać za prawidłowe? <https://www.prawo.pl/samorzad/czy-wniesienie-wadium-przez-inny-podmiot-niz-wykonawca-nalezyuznac-za-prawidlowe,228906.html>)

„Dokument potwierdzający wniesienie wadium powinien jednak wskazywać w czyim imieniu lub na czyją rzecz, wadium jest wnoszone.” (<https://www.wprzetargach.pl/archiwum-pytan/art-45/czy-zawykonawce-wadium-moze-wniesc-inny-podmiot-o-ktorym-mowa-w-art-22a-ust-1-pzp-na-ktoregozdolnosciach-technicznych-lub-zawo>)

W przypadku oferty firmy Publoco sp. z o.o.:

- a) załączony dokument nie wskazuje na to, że jest to wadium w niniejszym postępowaniu
- b) (odmienny od wymaganego tytuł przelewu),
- c) załączony dokument nie wskazuje na to, że wpłata jest dokonywana w imieniu lub na rzecz firmy Publoco sp z o.o.
- d) załączony dokument, potwierdza że wadium w zakresie części 1 - 4 wpłacone zostało przez “DAC SYSTEM T. K.” w dniu 28.03.2022 r. Z dokumentacji postępowania wynika, że nie zostało ono zaksięgowane na rachunku Zamawiającego: Naukowa Akademicka Sieć Komputerowa - PIB, Kolska 12, 01-045 Warszawa przed terminem składania ofert tj.: 28.03.2022 r. godzina: 11:00. Zgodnie z udostępnionymi dokumentami przez Zamawiającego w dniu 27.05.2022 r. na dzień 28.05.2022 r. Zamawiający miał potwierdzenie wpłaty wadium przez Publoco sp. z o.o. jedynie w zakresie części 5-7.

Tym samym dla części 1-4 uznać należy, że wadium nie zostało wniesione, gdyż - zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z 1 lutego 2019 r., sygn. akt KIO/KD 8/19: “Złożenie dyspozycji przelewu określonej kwoty pieniężnej nie jest wystarczające do uznania wniesienia wadium. Jego skuteczność następuje dopiero w przypadku uznania rachunku bankowego zamawiającego należną kwotą wadium”. Pojęcie “wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert” w sytuacji gdy wadium jest wnoszone w pieniądzu przelewem zostało doprecyzowane przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która podkreśla, że dla skutecznego wniesienia wadium w pieniądzu występuje konieczność uznania rachunku bankowego Zamawiającego, należną kwotą wadium, przed upływem terminu składania ofert. Samo zadysponowanie określonej kwoty pieniężnej w postaci zlecenia przelewu kwoty wadium na rachunek Zamawiającego tego wymogu nie spełnia, gdyż przepisy p.z.p. w tym zakresie nie wiążą żadnego skutku prawnego z załączeniem do złożonej oferty dowodu zlecenia dokonania przelewu kwoty wadium (m.in. KIO 2796/11). Dodatkowo wskazuje się, że wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na

rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem "Wpłacać na rachunek" jest równoznaczne z koniecznością zaksięgowania środków pieniężnych na wskazanym rachunku. Wydanie dyspozycji dokonania wpłaty nie jest "wpłatą" w rozumieniu przepisu art. 45 ust. 7 p.z.p., lecz jedynie podjęciem kroków zmierzających do dokonania takiej wpłaty (KIO 1766/12). Istotne jest więc, aby zamawiający już od chwili składania ofert mógł skutecznie rozporządzać zabezpieczeniem wadialnym i ewentualnie zaspokoić z niego swoje roszczenia wynikające z przepisów. Co więcej, wskazuje się wprost, że termin wniesienia wadium to nie tylko data dzienna, ale także godzina i minuta: Termin „wniesienie” zgodnie z art. 45 p.z.p. - oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek Zamawiającego. Przy wniesieniu wadium liczy się nie data, ale konkretna chwila (godzina, minuta) (KIO/UZP 1411/09).

Jeśli zatem Zamawiający weryfikując stan konta potwierdził na moment składania ofert wyłącznie wpływ środków dla części 5-7, to dla części 1-4 uznać należy, że wadium (abstrahując od zastrzeżeń wskazanych wyżej) nie zostało złożone w ogóle. Wpływ jakichkolwiek środków na rachunek Zamawiającego po chwili złożenia ofert jest bez znaczenia dla postępowania.

d) Odwołujący wskazuje także, że firma Publoco sp. z o.o. nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powołała się bowiem na zasoby podmiotu trzeciego - Tetabit sp. z o.o., a w takim przypadku dla skuteczności powołania się konieczne jest przedłożenie m.in. zobowiązania podmiotu trzeciego. Wraz z ofertą Wykonawca Publoco sp. z o.o. złożył dokumenty:

- 070_zal7-udostepnienie
- 071_zal4-jedz-udostepnienie
- 079_zal9_aktualnosc-osw-udostepnienie które zostały podpisane przez podmiot trzeci tj. firmę Tetabit, a następnie poświadczony za zgodność z oryginałem za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez Wykonawcę.

Przedłożone przez Publoco sp. z o.o. dokumenty nie mogą zostać uznane za prawidłowe, gdyż zostały poświadczony za zgodność przez p. T. K. - który nie jest pełnomocnikiem firmy Tetabit. Tym samym nie można tych dokumentów uznać za oryginał, ani za kopię poświadczoną przez podmiot trzeci.

Ad. 1b. Zamawiający zaniechał udostępnienia części oferty firmy Publoco sp. z o.o. oraz Global Innovative Solutions K. B. Ś., która została przez tego wykonawcę oznaczona jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego narusza przepisy PZP. Dla zachowania bowiem tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest spełnienie łącznie przesłanek:

- informacja musi stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- wykonawca zastrzegł, że informacje te nie mogą być udostępniane,
- wykonawca wykazał że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie oferty firmy Publoco sp. z o.o. niewątpliwie nie zostało spełnione wymaganie wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsekwentna linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że pojęcie „wykazał” należy rozumieć jako konieczność udowodnienia. Tak wskazała KIO m.in. w wyrokach:

- z dnia 16 lutego 2018 r., KIO 200/18: „Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie.”
- z dnia 2 marca 2018 r. KIO 278/18: „Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, udowodnienie czy co najmniej uprawdopodobnienie ziszczenia się poszczególnych przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.”
- z dnia 1 kwietnia 2021 roku, sygn. akt KIO 500/21: „Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.”
- z dnia 27 stycznia 2022 r. sygn. KIO 22/22: „Obowiązek „wykazania”, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa polega przede wszystkim na przedstawieniu przez wykonawcę konkretnych okoliczności potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek wymaganych do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywane przez wykonawcę okoliczności muszą być rzeczowe, wiarygodne, spójne i konkretne na tyle, aby umożliwiły dokonanie oceny zastrzeganych informacji w kontekście art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Obowiązek „wykazania” obejmuje przedstawienie, stwierdzenie, pokazanie, dowiedzenie

okoliczności, na potwierdzenie zaistnienia (spełniania) przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 ww. ustawy.”

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez wykonawcę Publoco sp z o.o. oraz Global Innovative Solutions K. B. Ś. w istocie nie zawiera żadnych dowodów, tym samym nie może zostać uznane za spełniające wymagania ustawowe - zatem udostępnieniu winna podlegać pełna oferta wraz z wszelkimi uzupełnieniami, wyjaśnieniami i załącznikami. Odwołujący wskazuje także, że Zamawiający - w odpowiedzi na wniosek złożony w dniu 17 maja 2022, protokół wraz z załącznikami udostępnił dopiero w dniu 27 maja 2022 r. o godz.14:35 tym samym faktycznie uniemożliwił Odwołującemu zapoznanie się z tymi dokumentami w terminie na złożenie odwołania.

Ad. 1c. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Wykonawca wraz z ofertą złożył dokumenty oznaczone jako:

- 15_Tajemnica_Przedsiębiorstwa_Certyfikat_I_signed
- 16_Tajemnica_Przedsiębiorstwa_Certyfikat_I_Tłumaczenie_PL_signed tj. certyfikaty dotyczące obudowy, potwierdzające klasę IP65, czyli wyższą klasę niż ta, która była wymagana przez Zamawiającego.

Dodatkowo Wykonawca w pozostałych dokumentach technicznych złożonych wraz z ofertą:

- 11_Tajemnica_Przedsiębiorstwa_Instrukcja_obsługi_signed,
- 12_Tajemnica_Przedsiębiorstwa_Szczegółowa_dokumentacja_techiczna_signed,
- 14_Tajemnica_Producenta_Deklaracja_producenta_o_stopniu_ochrony_obudowy_signed, dodatkowo potwierdził, że “Obudowa posiada stopień ochrony IP65 dla jednostki centralnej oraz modułów komunikacyjnych, elektronika pomiarowa do pomiaru pyłów zawieszonych (PM1, PM2.5, PM10) oraz ma możliwość rozbudowy o moduły mierzące gazy toksyczne (m.in. NO₂, O₃, CO), tor pomiarowy posiada stopień ochrony IP23.”

Tym samym - zgodnie z brzmieniem kryterium oceny ofert (kryterium „Obudowa Urządzenia o stopniu ochrony określonym klasą IP54 – certyfikat” SWZ Rozdział XV, ust. 1, pkt. 3), Odwołującemu powinna zostać przyznana punktacja za ww. certyfikaty, gdyż posiadanie certyfikatu potwierdzającego spełnianie normy IP 65 potwierdza także spełnianie normy IP 54, gdyż norma IP 65 przewyższa normę IP 54.

Ad. 1d. Firma Global Innovative Solutions K. B. Ś. nie przedstawiła informacji o potwierdzeniu przez laboratorium akredytowane zleceniu badań przez Dostawcę badań umożliwiających ocenę zgodności Urządzenia z zasadniczymi wymaganiami dyrektywy EMC 2014/30/EU, zgodnie z wymaganiem SWZ Rozdział XV, ust. 1, pkt. 4 tj. ”Wykonawca wraz z ofertą złoży certyfikat wystawiony przez niezależną akredytowaną jednostkę, potwierdzający że urządzenie jest zgodne z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną, tj. spełnia wymagania kompatybilności elektromagnetycznej;”. Wykonawca wraz z ofertą złożył jedynie dokument “raport_z_badan_konstruktorskich_emc”, który został podpisany przez

pełnomocnika Pana M. Ś. Dokument taki nie może zostać uznany za „certyfikat wystawiony przez niezależną akredytowaną jednostkę”, gdyż jest wyłącznie oświadczeniem własnym Wykonawcy a tym samym przedstawienie takiego dokumentu nie może skutkować przyznaniem punktów w ww. kryterium.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca: PUBLOCO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku podnosząc: (...) zgłaszam przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wszczętego odwołaniem z dnia 27.05.2022 r. wniesionym przez wykonawcę Airly sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Mogilskiej 43, 31-545 Kraków, wobec czynności Zamawiającego w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Dostawa i instalacja zestawów do pomiaru zanieczyszczenia powietrza, w podziale na siedem Części”, znak postępowania: ZZOSE.2111.1.2022.2.MPU[OSE2021][ESA_MIER_2022]. Przystępujący posiada interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść Zamawiającego, gdyż Odwołujący żąda odstąpienia w całości oferty Przystępującego, co doprowadziłoby do ujawnienia informacji poufnych. Ponadto wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej przez Zamawiającego, pozwoli Przystępującemu na realizację zamówienia. Mając na uwadze powyższe Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania wniesionego przez Odwołującego Airly sp. z o.o.. (...).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 13 czerwca 2022 r) wniósł o jego oddalenie oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- A) W celu wykazania faktu wniesienia wadium w pieniądzu zgodnie z postanowieniami SWZ i przed upływem terminu składania ofert
- Wiadomości elektronicznej z Centrum Obsługi Banku BNP Paribas Polska S.A. z dnia 29 marca 2022 r. z godziny 11:03 zawierającej informacje dotyczącą godziny zaksięgowania wpłat dokonanych przez Publoco sp. z o. o. w dniu 28 marca 2022 r. na poczet wadium w Postępowaniu;
- B) W celu wykazania faktu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie powołania się na udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci. Z EPW wynika, że ww. dokument został podpisany elektronicznie przez P. W., prezesa zarządu firmy Tetabit sp. z o. o., uprawnionego do samodzielnej reprezentacji, oraz T. K.
- Wydruku elektronicznego poświadczenia weryfikacji (EPW) podpisu elektronicznego naniesionego na dokument „Zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów Wykonawcy”.

- Wydruku elektronicznego poświadczenia weryfikacji (EPW) podpisu elektronicznego naniesionego na dokument „JEDZ”.
- Wydruku elektronicznego poświadczenia weryfikacji (EPW) podpisu elektronicznego naniesionego na dokument „Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp”.

W uzasadnieniu stanowiska, co do zarzutów wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

(...)

II. W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 oraz pkt 2b pzp (zarzut 1a Odwołania)

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty firmy Publoco sp. z o. o. w sytuacji, gdy firma ta nieprawidłowo, w ocenie Odwołującego, wniosła wadium. Wadium na wszystkie części Postępowania zostało wniesione przez T. K., który jest jedynym współnikiem i jednocześnie prezesem zarządu spółki Publoco sp. z o. o. Niezależnie od faktu, iż wadium zostało wpłacone z rachunku bankowego przypisanego do działalności gospodarczej, którą T. K. prowadzi pod firmą „DAC SYSTEM - T. K.”, wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy. W tytule przelewu widnieje wskazanie postępowania, w którym wadium ma zabezpieczać ofertę firmy Publoco sp. z o. o.: „postępowanie ESA_MIER_2022 wadium” oraz każdorazowo wskazanie konkretnej części postępowania. Nie ulega wątpliwości, że tak wniesione wadium w sposób jednoznaczny i bezsporny zabezpieczało ofertę ww. firmy. Nie ma przy tym znaczenia, że T. K. jest powiązany także z firmą Elteris sp. z o. o., ponieważ firma Elteris sp. z o. o. nie złożyła w Postępowaniu oferty na żadną jego część.

W orzecznictwie dotyczącym wadium podnosi się, iż:

- Kwestie wadium nie mogą być interpretowane w oderwaniu od cech samych form wadium oraz celu jego wniesienia. Wadium w formie pieniężnej jest skutecznie wniesione, gdy najpóźniej w terminie składania ofert nastąpi uznanie określonej kwoty, na wskazanym przez zamawiającego rachunku bankowym. Wadium w pieniądzu jest ze swej istoty, poprzez dobrowolną wpłatę określonej kwoty pieniężnej na wskazany przez zamawiającego rachunek bankowy przed upływem terminu składania ofert, zobowiązaniem wykonawcy do zrzeczenia się tej kwoty na rzecz zamawiającego, w przypadku zaistnienia przesłanek ustawowych (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2018 r., KIO 2268/18);
- Dla oceny prawidłowości wniesienia wadium decydująca jest skuteczność zabezpieczenia Zamawiającego (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2019 r., KIO 2464/19);

□ Wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2018 r., KIO 627/18);

□ Okoliczność, kto jest podmiotem wnoszącym wadium nie ma znaczenia dla skuteczności zabezpieczenia wadialnego, o ile tylko skutecznie zabezpiecza wykonanie zamówienia. Dokument potwierdzający wniesienie wadium powinien w takiej sytuacji wskazywać w czyim imieniu, lub na czyją rzecz, wadium jest wnoszone (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2011, KIO 126/11).

Ze złożonych wraz z ofertą potwierdzeń przelewu wadium wynika, że zostało ono wniesione przez jedynego wspólnika i członka zarządu firmy Publoco sp. z o. o., a w tytule przelewu wskazane zostało Postępowanie. Wadium wniesione zostało na siedem części Postępowania w pieniądzu, a zatem formie, która pozwala na skuteczne wyegzekwowanie należności przez Zamawiającego. W kontekście przywołanego orzecznictwa podkreślić należy, że wadium wniesione przez T. K. dawało Zamawiającego możliwość skutecznego zrealizowania roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. Nie może też budzić wątpliwości, że wadium zostało wniesione w imieniu firmy Publoco sp. z o. o., bowiem w Postępowaniu nie brała udziału żadna inna firma, z którą powiązany jest T. K.. Prawidłowe wniesienie wadium, wobec spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w imieniu firmy Publoco sp. z o. o. nie uzasadniało odrzucenia oferty tej firmy. Termin składania ofert w postępowaniu upływał w dniu 28 marca 2022 r. o godzinie 11:00. Do tego też czasu wadium na wszystkie części winno zostać zaksięgowane na rachunku Zamawiającego.

T. K. dokonał przelewów w datach:

- W dniu 25 marca 2022 r. o tytule: „postępowanie ESA_MIER_2022 wadium część nr 5”;
- W dniu 25 marca 2022 r. o tytule: „postępowanie ESA_MIER_2022 wadium część nr 6”;
- W dniu 25 marca 2022 r. o tytule: „postępowanie ESA_MIER_2022 wadium część nr 7”;
- W dniu 28 marca 2022 r. o tytule: „postępowanie ESA_MIER_2022 wadium część nr 1”, numer referencyjny transakcji: CEN2203280455518;
- W dniu 28 marca 2022 r. o tytule: „postępowanie ESA_MIER_2022 wadium część nr 2”, numer referencyjny transakcji: CEN2203280455526;
- W dniu 28 marca 2022 r. o tytule: „postępowanie ESA_MIER_2022 wadium część nr 3”, numer referencyjny transakcji: CEN2203280455504;
- W dniu 28 marca 2022 r. o tytule: „postępowanie ESA_MIER_2022 wadium część nr 4”, numer referencyjny transakcji: CEN2203280455510.

Jak wynika z informacji udzielonej w dniu 29 marca 2022 r. przez bank BNP Paribas Bank Polska S.A. na wniosek Zamawiającego, transakcje o numerach referencyjnych: CEN2203280455518, CEN2203280455526, CEN2203280455504 i

CEN2203280455510 zostały zaksięgowane na rachunku bankowym Zamawiającego w dniu 28 marca 2022 r. o godzinie 08:41, a zatem przed upływem terminu składania ofert. Z powyższego należy wywieść, że wadium na części 1-4 zostało wniesione w sposób prawidłowy, w terminie określonym w SWZ.

Dowód: wiadomość elektroniczna z Centrum Obsługi Biznesu banku BNP Paribas Bank Polska S.A. z dnia 29 marca 2022 r.

Odnosząc się do braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, tj. firmy Tetabit sp. z o. o., Zamawiający przedkłada:

- elektroniczne poświadczenie weryfikacji (EPW) podpisu elektronicznego naniesionego na dokument „Zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów Wykonawcy”. Z EPW wynika, że ww. dokument został podpisany elektronicznie przez P. W., prezesa zarządu firmy Tetabit sp. z o. o., uprawnionego do samodzielnej reprezentacji, oraz T. K.;
- elektroniczne poświadczenie weryfikacji (EPW) podpisu elektronicznego naniesionego na dokument „JEDZ”. Z EPW wynika, że ww. dokument został podpisany elektronicznie przez P. W., prezesa zarządu firmy Tetabit sp. z o. o., uprawnionego do samodzielnej reprezentacji, oraz T. K.;
- elektroniczne poświadczenie weryfikacji (EPW) podpisu elektronicznego naniesionego na dokument „Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp”. Z EPW wynika, że ww. dokument został podpisany elektronicznie przez P. W., prezesa zarządu firmy Tetabit sp. z o. o., uprawnionego do samodzielnej reprezentacji, oraz T. K..

Jak wynika z ww. elektronicznych poświadczeń weryfikacji, dokumenty zawierające oświadczenie firmy Tetabit sp. z o. o. o udostępnieniu zasobów, JEDZ firmy Tetabit sp. z o. o. oraz oświadczenie firmy Tetabit sp. z o. o. o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp zostały prawidłowo podpisane podpisem elektronicznym kwalifikowanym przez podmiot udostępniający zasoby. Podpisanie ww. dokumentów także przez T. K. pozostaje bez znaczenia dla prawidłowości podpisania przez osobę uprawnioną do reprezentacji podmiotu udostępniającego zasoby.

III. W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk (zarzut 1b Odwołania)

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 pzp wskazać należy, że stosownie do treści powołanych przepisów protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Przepis ten nie określa terminu, w jakim zamawiający obowiązany jest udostępnić protokół

postępowania. Nakazuje jedynie, zgodnie z zasadą jawności postępowania, udostępnić protokół na wniosek wykonawcy. Zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie.

Także ten przepis nie określa terminu udostępnienia załączników, poza wskazaniem, że mają one zostać udostępnione po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Oferty w części nieobjętej tajemnicą przedsiębiorstwa były udostępnione wszystkim podmiotom biorącym udział w postępowaniu od chwili ich otwarcia – na platformie zakupowej, tj. na stronie prowadzonego postępowania. Udostępnienie Odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami w dniu, w którym upływał termin na wniesienie odwołania, nie miało wpływu na sytuację prawną Odwołującego. Co więcej, Zamawiający nie mógł przekazać załączników, co do których podjął decyzję o odtajnieniu, przed upływem terminu wniesienia odwołania od tej czynności. Odtajnienie nastąpiło tuż przed wyborem najkorzystniejszej oferty, a odtajnione dokumenty zostały Odwołującemu przekazane od razu po upływie terminu na wniesienie odwołania na czynność odtajnienia.

Niezasadny jest także zarzut Odwołującego, jakoby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Publoco sp. z o. o. i Global Innovative Solutions nie zawierało żadnych dowodów. Firma Publoco sp. z o. o. przedstawiła wyczerpująco uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentacji technicznej, w którym wykazała przyczyny jej zastrzeżenia, a także obszernie przedstawiła środki, jakie przedsięwzięła, aby zachować chronione tajemnicą informacje w poufności, w szczególności zwróciła uwagę na wdrożenie środków i procedur zapewniających poufność informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, okoliczność, że udostępnione one zostały wąskiej grupie pracowników i współpracowników poprzez udostępnienie haseł dostępowych. Ponadto Publoco sp. z o. o. prowadzi systemy ewidencji osób mających dostęp do chronionych informacji, a każda z osób mających dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązała się do zachowania ich w poufności pod rygorem zapłaty wysokich kar umownych z tytułu naruszenia klauzul dotyczących poufności.

Pozostałe dokumenty firmy Publoco sp. z o. o. zostały odtajnione, a Odwołujący otrzymał je w dniu 30 maja 2022 r. Zamawiający uznał natomiast za niewystarczające uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Global Innovative Solutions i odtajnił dokumenty objęte tajemnicą przez ten podmiot, tj. specyfikację techniczną. Odwołujący otrzymał ten dokument w dniu 30 maja 2022 r., tj. tuż po upływie terminu na wniesienie przez Global Innovative Solutions odwołania na czynność odtajnienia specyfikacji technicznej.

IV. W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. 281 ust. 1 pkt 17 pzp z rozdz. XV ust. 1 pkt 3 i 4 SWZ (zarzut 1c i 1d Odwołania)

Odwołujący podnosi, że zgodnie z dokumentami postępowania złożył wraz z ofertą następujące dokumenty:

- 15_Tajemnica przedsiębiorstwa_Certyfikat_I_signed
- 16_Tajemnica przedsiębiorstwa_Certyfikat_I_Tłumaczenie_PL_signed,

stanowiące certyfikaty dotyczące obudowy, które potwierdzają klasę IP 65 tj. wyższą niż ta, która była wymagana przez Zamawiającego. Dlatego też w ocenie Odwołującego to jemu powinna zostać przyznana punktacja za ww. certyfikaty z uwagi na spełnienie normy wyższej niż wymagana norma IP 54. Zamawiający zwraca uwagę, że w części dotyczącej ważności widnieje zapis, że „Certyfikat jest ważny do 16 marca 2022 roku pod warunkiem spełnienia Warunków certyfikacji FI.” Zatem na dzień składania ofert, tj. na 28 marca 2022 r., przedłożony przez Odwołującego certyfikat potwierdzający spełnienie normy IP65 utracił ważność. Tym samym Zamawiający nie mógł przyznać ofercie Odwołującego punktacji za przedłożony certyfikat potwierdzający spełnienie normy IP65.

Nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert natomiast złożone przez Odwołującego inne dokumenty potwierdzające, że obudowa posiada stopień ochrony IP65 takie jak instrukcja obsługi, szczegółowa dokumentacja techniczna, czy też deklaracja producenta o stopniu ochrony obudowy, bowiem w SWZ Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że wymaga złożenia „Certyfikatu IP (tj. International Protection Rating) – składany w ramach kryterium oceny ofert pn. „Obudowa Urządzenia o stopniu ochrony określonym klasą IP54 – certyfikat.” Odwołujący natomiast przedstawił certyfikat potwierdzający spełnienie ww. wymogu, nieważny na dzień składania ofert.

Odnosząc się do zarzutu, jakoby firma Global Innovative Solutions nie przedstawiła informacji o potwierdzeniu przez laboratorium akredytowane oceny zgodności urządzenia z zasadniczymi wymaganiami dyrektywy EMC 2014/30/UE, zgodnie z wymaganiami SWZ rozdział XV ust. 1 pkt 4 wskazuję, że wykonawca oprócz dokumentu „raport z badań konstruktorskich_emc” złożył także certyfikat wydany przez holenderską izbę handlową „telefication bv Holandia Izba Handlowa 51565536” z dnia 10 maja 2021 r wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski. Z treści ww. certyfikatu wynika, że Telefication, jako wyznaczona Jednostka Notyfikowana 0560 dla europejskiej Dyrektywy o urządzeniach radiowych deklaruje, że wymieniony produkt jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami, według postanowień Artykułu 3 Dyrektywy 2014/53/UE, wskazanymi w Aneksie nr 1 do tego certyfikatu. Stosownie do treści art. 3 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylającej dyrektywę 1999/5/WE urządzenia radiowe są konstruowane w taki sposób, aby zapewnić:

ochronę zdrowia i bezpieczeństwa osób i zwierząt domowych oraz ochronę mienia, w tym również realizację celów odnoszących się do wymagań dotyczących bezpieczeństwa zawartych w dyrektywie 2014/35/UE, ale bez zastosowania limitu napięcia elektrycznego (lit. a); odpowiedni poziom kompatybilności elektromagnetycznej zgodnie z dyrektywą 2014/30/UE (lit. b). Jak stanowi ww. certyfikat, „każdy produkt, którego dotyczy niniejsze badanie typu UE jest zgodny z poniższymi zasadniczymi wymaganiami: Artykuł 3.1 Urządzenia radiowe są budowane w taki sposób, aby zapewnić (...) (b) Odpowiedni poziom kompatybilności elektromagnetycznej podany w Dyrektywie 2014/30/UE.” Certyfikat ten zatem wprost potwierdza, poprzez odniesienie zawarte w art. 3 ust. 1 lit. b dyrektywy 2014/53/UE do dyrektywy 2014/30/UE, że produkt, co do którego został wydany przedmiotowy certyfikat, spełnia także wymagania w zakresie odpowiedniego poziomu kompatybilności elektromagnetycznej zgodnie z dyrektywą 2014/30/UE. Tym samym zarzut braku przedstawienia przez Global Innovative Solutions certyfikatu wystawionego przez niezależną akredytowaną jednostkę potwierdzającego, że urządzenie spełnia wymagania kompatybilności elektromagnetycznej zgodnie z dyrektywą 2014/30/UE jest niezasadny. Natomiast brak uzasadnienia zarzutu określonego w punkcie 2 lit. e Odwołania, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 i 6 pzp uniemożliwia Zamawiającemu merytoryczne odniesienie się do tego zarzutu. Jak wykazano wyżej, firma Publoco sp. z o. o. złożyła ofertę w sposób prawidłowy, w tym prawidłowo wniosła wadium w pieniądzu, zatem nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty ww. firmy. Do odpowiedzi załączył dowody wymienione w treści odpowiedzi.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołujący w odwołaniu podniósł zarzut naruszenia: (..)

- a) *art. 226 ust. 1 pkt 14 oraz pkt 2b PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (a w konsekwencji dokonanie jej oceny i wyboru jako najkorzystniejszej) firmy Publoco sp. z o.o., która to firma nie wniosła wadium w sposób prawidłowy oraz nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu,*
- b) *art. 74 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 18 ust.1 i 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej treści oferty firmy Publoco sp. z o.o. oraz Global Innovative Solutions K. B. Ś. w sytuacji, gdy wykonawcy Ci nie wykazali, że te części oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz poprzez udostępnienie protokołu postępowania w dniu 27 maja 2022 r. o godz. 14:35, tj. w sposób uniemożliwiający weryfikację czynności w terminie na złożenie odwołania,*

- c) i d) art. 239 ust. 1 PZP w zw. art. 281 ust. 1 pkt 17 PZP z rozdz. XV, ust. 1 pkt 3) i 4) SWZ - poprzez przyznanie punktacji niezgodnie z zapisami SWZ i zaniżenie punktacji oferty Odwołującego oraz zawyżenie punktacji oferty firmy Global Innovative Solutions K. B. Ś.
- e) art. 226 ust. 1 pkt 3 i 6 PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (a w konsekwencji dokonanie jej oceny i wyboru jako najkorzystniejszej) firmy Publoco sp. z o.o., która to firma nie złożyła oferty w sposób prawidłowy.”

Na posiedzeniu w dniu 14 czerwca 2022 r. Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje zarzuty dotyczące naruszenia:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty (a w konsekwencji dokonanie jej oceny i wyboru jako najkorzystniejszej) firmy Publoco sp. z o.o., która to firma nie wniosła wadium w sposób prawidłowy ;
- b) art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust.1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dotyczący zaniechania udostępnienia Odwołującemu pełnej treści oferty firmy Publoco sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał, że ta części oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podtrzymane i podnoszone w odwołaniu zarzuty nie podlegają uwzględnieniu.

Zamawiający w punkcie X Specyfikacji Warunków Zamówienia w odniesieniu do wadium noszonym w formie pieniężnej podał: „4. Wadium w pieniądzu (oddzielnie dla każdej z Części – w przypadku składania oferty na kilka Części) należy wpłacić przelewem na rachunek 83 1750 0009 0000 0000 3999 8394, w tytule przelewu należy wskazać numer postępowania, tj. „Dostawa i instalacja zestawów do pomiaru zanieczyszczenia powietrza, w podziale na siedem Części”, znak postępowania: ZOSE.2111.1.2022.2.MPU[OSE2021][ESA_MIER_2022], dot. Części nr Koszty prowizji bankowych z tytułu wpłaty wadium ponosi Wykonawca”. Z kolei w punkcie 7 podał: „7. Zwrot lub zatrzymanie wadium nastąpi zgodnie z przepisami art. 98 ustawy Pzp”.

Wykonawca PUBLOCO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w Formularzu oferty - zgodnie z jego wzorem – w punkcie 1 wymienił części oferty od 1 do 7. Ten plik należało sporządzić w postaci elektronicznej, a zakładce załączniki wymienić przede wszystkim te które były wymagane SWZ. W przypadku wadium w pieniądzu dokument przelewu nie był wymagany. Wadium w przypadku oferty spółki PUBLOCO zostało wniesione w formie pieniężnej i w punkcie 21 jako załączniki wyszczególniono przelewy do siedmiu części. Według załączonych do oferty wykonawcy przelewów wadium do każdej części zostało

wpłacone przez T. K. na rachunek podany w SWZ z rachunku bankowego przypisanego do działalności gospodarczej, którą T. K. prowadzi pod firmą „DAC SYSTEM - T. K.». W tytule każdego przelewu wskazano także postępowanie i jego część, w którym wadium ma zabezpieczać ofertę: „*postępowanie ESA_MIER_2022 wadium*” oraz każdorazowo wskazanie konkretnej części postępowania.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że dokumenty przelewów nie stanowiły potwierdzenia wpłaty wadium zabezpieczającą ofertę spółki Publoco sp. z o.o. w zakresie wskazanych w nich części. Niewątpliwie szczególne wymagania, co do treści dokumentu należy przypisać dokumentowi gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej lub poręczeniu, których możliwość złożenia została także wyspecyfikowana w punkcie X. 5 SWZ, jednakże w tym przypadku mamy do czynienia z wadium wniesionym w formie pieniężnej. Ze złożonych wraz z ofertą potwierdzeń przelewów wadium - wynika, że zostały one wniesione – jak podnosił Zamawiający - przez T. K. jedynego wspólnika i członka zarządu firmy Publoco sp. z o. o., a w tytule każdego przelewu wskazane zostało Postępowanie i część zamówienia którego dana kwota wadium dotyczy. Wadium wniesione zostało na siedem części Postępowania w pieniądzu, a zatem w formie, która pozwala na skuteczne wyegzekwowanie należności przez zamawiającego w przypadkach wskazanych w ustawie Pzp z uwagi na posiadanie kwot wadium na jego koncie. W kontekście przywołanego orzecznictwa podkreślić należy, że wadium wniesione przez T. K. dawało Zamawiającego możliwość skutecznego zrealizowania roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. Nie może też budzić wątpliwości, że wadium zostało wniesione w imieniu firmy Publoco sp. z o. o., bowiem w Postępowaniu nie brała udziału żadna inna firma, z którą powiązany jest T. K. Prawidłowe wniesienie wadium, wobec spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w imieniu firmy Publoco sp. z o. o. nie uzasadniało odrzucenia oferty tej firmy.

W odniesieniu do drugiego z zarzutów Izba miała na uwadze, że zarzut podnoszony w odwołaniu dotyczył zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty, a zatem dokumentów składanych wraz z ofertą kwalifikowanych jako przedmiotowe środki dowodowe. W uzasadnieniu dokumentów opatrzonych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa (pismo z dnia 27/03/2022), co do których to zastrzeżenie nie zostało przez Zamawiającego uchylone (...)

„2.dokumentacja techniczna zaoferowanego miernika jakości powietrza zawierająca elementy, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. Nr 199, poz. 1228 z późn. zm.), w tym w szczególności:

- a) instrukcja zaoferowanego miernika jakości powietrza,
- b) opis technicznej budowy miernika jakości powietrza
- c) raporty z badań z recenzjami i zestawy źródłowych danych pomiarowych
- d) karty katalogowe;(…)

- wykonawca Publoco sp. z o. o. punkcie I w jego tytule podał: „Zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą”, a w jego opisie w szczególności podał m.in.: „W odniesieniu do zastrzeżenia informacji zawartych w dokumentacji technicznej zaoferowanego miernika jakości powietrza, w tym w szczególności w opisie oraz instrukcji zaoferowanego miernika jakości powietrza, raportach z badań z recenzjami ze źródłowymi danymi pomiarowymi, (….) wskazujemy, że informacje zawarte w tych dokumentach mają wartość gospodarczą dla Wykonawcy i jego dostawców. Informacje zawarte w dokumentacji technicznej zaoferowanego miernika jakości powietrza mają charakter techniczny i technologiczny, gdyż dotyczą opisów technicznych, planów, sposobu użytkowania i wypracowanych rozwiązań konstrukcyjnych w odniesieniu do oferowanych mierników, a także dokumentują jakość i spełnianie przez oferowane mierniki wymogów swz. Dokumentacja techniczna służy do określenia sposobu skonstruowania, produkcji, działania, utrzymywania w dobrym stanie technicznym i użytkowania przedmiotu zamówienia, tj. mierników jakości powietrza. Dokumentacja techniczna obejmuje projektowanie, wytwarzanie i działanie mierników oraz odnosi się do wszystkich elementów wymienionych w załączniku nr 2 do rozporządzenia z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn, w tym zawiera ogólny opis maszyny, rysunki i schematy ogólne i szczegółowe, dokumentację oceny ryzyka, zastosowane normy i inne specyfikacje techniczne, wszelkie sprawozdania techniczne podające wyniki badań, a także kopię instrukcji maszyny. Wobec powyższego stwierdzić trzeba, że dokumentacja techniczna (w tym w szczególności opis miernika jakości powietrza, raporty z badań z recenzjami, karty katalogowe, instrukcja obsługi, (...)) zawiera kompleksowe i kluczowe informacje dotyczące mierników objętych postępowaniem. Decydują one o jakości produktów i ich cechach charakterystycznych, tym samym bezpośrednio przekładając się na to, co decyduje o odrębności i wyjątkowości produktu. Dokumentacja techniczna zawiera informacje, które decydują o sukcesie rynkowym produktu, gdyż na jego sukces składają się informacje o zespołach i podzespołach, sposobach ich zastosowania i montażu, a także zastosowanych technologiach i rozwiązanych technicznych, popartych przeprowadzonymi badaniami i uzyskanymi certyfikatami. Informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach technicznych dostarczyłyby konkurentom wiedzy o konstrukcji, właściwościach oferowanych produktów i sposobie ich działania. Tymczasem informacje te przekładają się na możliwość skutecznego konkurowania z innymi podmiotami działającymi na tym samym rynku, a ich ujawnienie prowadziłoby do pozbawienia przewagi konkurencyjnej, wpływając na zachwianie pozycji na

rynku przedmiotowych dostaw. Przedstawione dokumenty techniczne zostały stworzone i uzyskane w oparciu o wyniki badań zawierające innowacyjne informacje, co decyduje o tym, że oferowany produkt jest innowacyjny. Informacje dotyczące produktu, zawarte w tych dokumentach zawierają know-how i prawa wyłączne. Wykonanie oferowanego produktu, dokumentowanego zastrzeżanymi informacjami, wiązało się z koniecznością poniesienia dużych nakładów finansowych, w tym w związku z koniecznością nabycia niezbędnych praw wyłącznych. Zastrzeżone informacje stanowią stały walor, mogący być wykorzystany zarówno w przedmiotowym postępowaniu, jak i w wielu innych przetargach. Decydują bowiem o przewadze konkurencyjnej w tym postępowaniu, a także na całym rynku tożsamy dostaw.”

Z kolei w opisie punktu II podał: „Informacje jako całość, a także zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób”, a w jego opisie w szczególności m.in. podał: „ Wykonawca wskazuje, iż zastrzeżone informacje pojedynczo ani w zestawieniu w sposób publiczny nigdy nie były udostępniane przez spółkę ani inny podmiot, w szczególności nie były opublikowane np. na stronach internetowych, a także nie ustanowiono dla nich publicznego dostępu. Osoby zajmujące się ofertowaniem i inne osoby mające wiedzę o treści zastrzeżonych informacji zostały zobowiązane do zachowania poufności”.

W punkcie III wskazano: „W stosunku do zastrzeżonych informacji podjęto niezbędne działania w zakresie zachowania ich w poufności” a w jego uzasadnieniu podano: „W związku z utajnieniem zastrzeżonych dokumentów i dotyczących ich wyjaśnień informujemy, iż dochowano należytej staranności, by zachować poufność zastrzeżonych informacji. U Wykonawcy, a także u podwykonawców i innych podmiotów współpracujących z Wykonawcą wdrożone zostały i są egzekwowane środki i procedury zapewniające bezpieczeństwo i poufność informacji kategorizowanych jako tajemnica gospodarcza, w tym techniczna, technologiczna i handlowa, jak również późniejszą kontrolę przestrzegania owych procedur. Podwykonawcy i podmioty współpracujące z Wykonawcą w zakresie przedmiotowego zamówienia dochowują wymogów i są zobowiązane do poufności, obejmującej treść zastrzeżonych informacji. Informacje zastrzeżone jako tajemnica chronione są poprzez dostęp do nich wyłączne nielicznej grupy osób uprawnionych, w tym pracowników i współpracowników. Informacje są przetwarzane i przechowywane w sposób wykluczający możliwość zapoznania się z nimi osób niezaangażowanych w przygotowanie projektu, w tym osób postronnych. U Wykonawcy stosowane są techniczne środki zabezpieczania danych (m.in. hasła dostępowe, systemy ewidencji osób, które mają dostęp do danych.). Wykonawca kontroluje i monitoruje dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, między innymi poprzez wspomniane powyżej zobowiązania swoich pracowników i współpracowników do zachowania poufności, a także poprzez ustalenie

obowiązku zapłaty wysokich kar umownych w przypadku naruszenia klauzul dotyczących poufności. Wykonawca wskazuje, iż zastrzeżenie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji dotyczących właściwości i sposobu działania oferowanych produktów jest obowiązującą u Wykonawcy i jego podwykonawców polityką ochrony informacji i ma miejsce w każdym postępowaniu, w którym te informacje, a także wiedza i doświadczenie przekłada się w sposób bezpośredni na powodzenie podejmowanych przez niego działań na rynku, na którym prowadzi działalność. Powyższe podejście przekłada się na utrzymanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, a więc ma wartość gospodarczą”.

Izba zwraca uwagę, że takie informacje dotyczące *Instrukcji oraz dokumentacji technicznej zaoferowanego miernika jakości powietrza: (pkt 10 f) Formularza oferty* zostały także jako tajemnica przedsiębiorstwa zastrzeżone przez wnoszącego odwołanie wykonawcę, a które to zastrzeżenie również przez Zamawiającego nie zostało uchylone.

W konkluzji Izba stwierdza, że zarzut nie podlega uwzględnieniu, albowiem wykonawca Publoco sp. z o.o. wykazał, podobnie jak Odwołujący, że zastrzeżony dokument (Instrukcja) może korzystać z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający tym samym nie miał podstaw kwestionowania zasadności zastrzeżenia wskazanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W odniesieniu do zastrzeżonych informacji zarówno przez Przystępującego jak i Odwołującego, należało zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że zastrzeżone informacje w Instrukcjach z punktu widzenia firm stanowić mogą ich know-how, a podjęte czynności związane są z ich ochroną. Ponadto przepis art. 11 ust.2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (podobnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) nie określa standardu działania wykonawcy w celu utrzymania w poufności wrażliwych danych. Także taki standard (jednolity wzorzec) lub sposób „wykazywania” zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie określają przepisy krajowe (czy przepisy dyrektyw). Niewątpliwie rodzaj i zakres wymaganych zabezpieczeń zależą będzie w szczególności od rodzaju informacji, sposobu utrwalenia informacji, struktury oraz wielkości przedsiębiorstwa, a także pozycji rynkowej danego wykonawcy. Także ocena, czy wykonawca podjął odpowiednie działania mające na celu utrzymanie określonych informacji w poufności powinna być dokonywana przez pryzmat wymaganej od niego należytej staranności, a z kolei poziom tej staranności powinien być oceniany z uwzględnieniem przede wszystkim charakteru zastrzeganych tajemnic przedsiębiorstwa informacji a także sytuacji określonego wykonawcy, w szczególności formy i skali prowadzonej przez niego działalności, specyfiki rynku itp. W konsekwencji w niektórych przypadkach wystarczające będzie złożenie na tę okoliczność stosownego pisemnego uzasadnienia, w innych konieczne będzie poparcie tego

uzasadnienia odpowiednimi dowodami. W tym przypadku wykonawcy – z uwagi na zastrzeżoną materię – wykazali, że zastrzeżone informacje podlegają ochronie a podjęte działania zmierzają do utrzymania poufności tych informacji i ograniczenia dostępu do nich dla wybranych osób. Środki podjęte należało uznać za skuteczne, bowiem informacje te nie są dostępne dla szerokiego grona odbiorców. Odwołujący nie wykazał, że informacje zastrzeżone nie korzystają ze skutecznej ochrony przed dostępem osób nieuprawnionych, takich jak wykonawca.

W zakresie pozostałych zarzutów Izba mając na uwadze art. 520 ustawy Pzp postanowiła o umorzeniu postępowaniu odwoławczym, o czym orzekła w zdaniu drugim w punkcie 1 sentencji. W myśl wskazanego art. 520 ust.1 Pzp: *„Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”*.

W niniejszej sprawie wskazany przepis ma odpowiednie zastosowanie , albowiem wnoszący odwołanie wykonawca ma możliwość tylko częściowego podtrzymania zarzutów i jak w tej sprawie Odwołujący na posiedzeniu jednoznacznie oświadczył, że – wobec stanowiska Zamawiającego, a także wynikających z tego skutków dla oferty Odwołującego – nie popiera zarzutów w części wskazanych wobec oferty: 1) wykonawcy Publoco sp z o.o. w punkcie 2. lit. a) odwołania, co do zarzutu odnoszącego się do warunku udziału i w części, co do terminu wniesienia wadium; 2) wykonawcy Global Innovative Solutions K. B. Ś., co do zarzutu wskazanego w odwołaniu pod lit. b) i d) i d); oraz 3) Odwołującego w zakresie zaniżenia punktacji (pkt 2 lit. c) odwołania).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....