

Sygn. akt: KIO 2736/17

WYROK
z dnia 15 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2017 r. przez wykonawcę J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU „TEL - BUD” J. P., ul. Długa 31 lok. 8, 58 - 309 Wałbrzych, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, ul. Matejki 1, 58 – 300 Wałbrzych

przy udziale wykonawcy Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie, ul. Jagiellończyka 26, 10 - 062 Olsztyn, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciążą wykonawcę J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU „TEL - BUD” J. P., ul. Długa 31 lok. 8, 58 - 309 Wałbrzych i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Świdnicy.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

do wyroku z dnia 15 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2736/17

Zamawiający Gmina Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Wymiana oświetlenia ulicznego na wybranych ulicach w Wałbrzychu” realizowanego w ramach zadania inwestycyjnego „Ograniczenie niskiej emisji poprzez wprowadzenie zrównoważonej mobilności miejskiej i podmiejskiej, polegającej na wybudowaniu centrum przesiadkowego Wałbrzych Plac na Rozdrożu oraz poprawie systemów zarządzania ruchem i energooszczędnym oświetleniu miejskim”*, o numerze postępowania nadanym przez zamawiającego RZP/65/PN/32/2017/DR, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 sierpnia 2017 r. pod numerem Dz. U. 2017/S 145-298850, dalej zwane jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 18 grudnia 2017 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zaś 28 grudnia 2017 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU „TEL - BUD” J. P., ul. Długa 31 lok. 8, 58 - 309 Wałbrzych, dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzucono zamawiającemu naruszenie (pisownia oryginalna):

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U. z 2003 r., Nr 153 poz. 1503 z późn. zm., dalej: „uznk”) poprzez błędne przyjęcie, że w piśmie mającym stanowić uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji udowodniono, iż wszystkie informacje zawarte w ofercie a zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. wykazał wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk,

w tym Zamawiający ma obowiązek po pierwsze rzetelnie zbadać takie pismo, po drugie ma obowiązek umożliwić innym wykonawcom weryfikację skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle przesłanek art. 11 ust. 4 uznk, a w konsekwencji takie pismo nie powinno być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i Zamawiający powinien ujawnić treść pisma zawierającego treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na fakt, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;

2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 uznk poprzez błędne przyjęcie, że informacje zawarte w złożonym przez Sprint S.A. piśmie mającym stanowić uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do podwykonawców udostępniających swoje zasoby zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (o ile uzasadnienie takie zostało złożone) i zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. wykazał wszystkie przesłanki uznania informacji zawartych w piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do podwykonawców udostępniających swoje zasoby za tajemnice przedsiębiorstwa, jak również zweryfikowania czy zastrzeżone w ww. piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, a w konsekwencji Zamawiający powinien ujawnić pismo zawierające treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na fakt, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym bardziej, że Odwołujący od lat działa na tym rynku i zna wszystkich konkurentów, gdyż przedmiot zamówienia jest bardzo specyficzny, więc i krąg wykonawców jest znany. Ponadto Partner technologiczny Odwołującego (Schröder Polska Sp. z o.o.) współpracuje ze wszystkimi podmiotami wykonującymi w kraju tak charakterystyczny przedmiot zamówienia;
3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. uznk poprzez błędne przyjęcie, że informacje zawarte w złożonych przez Sprint S.A. dokumentach odnoszących się do podwykonawców udostępniających zasoby ww. Wykonawcy (m.in. dane tych podmiotu, zobowiązania do udostępniania zasobów, formularze Jednolitego Europejskiego Dokumentu

Zamówienia, dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, wykaz dostaw wraz z dokumentami mającymi potwierdzać ich należyte wykonanie, wykaz osób, zakres podwykonawstwa) zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. wykazał wszystkie przesłanki uznania ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również zweryfikowania czy zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk oraz w konsekwencji powinien ujawnić treści informacji odnoszących się do podwykonawców udostępniających swoje zasoby, z uwagi na fakt, że Sprint S.A. nie udowodnił w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, że zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym dane i dokumenty odnoszące się do podmiotu trzeciego na zasobach, którego polega ww. Wykonawca nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;

4. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 uznk poprzez błędne przyjęcie, że informacje zawarte w złożonym przez Sprint S.A. piśmie mającym stanowić uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do wyjaśnień dla pkt 2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. (o ile w ogóle takie pismo zostało złożone) zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. wykazał wszystkie przesłanki uznania informacji zawartych w piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do wyjaśnień we wskazanym powyżej zakresie, o ile przedmiotowe uzasadnienie zostało przedłożone, jak również zweryfikowania czy zastrzeżone w ww. piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, a w konsekwencji Zamawiający powinien ujawnić pismo zawierające treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli pismo takie zostało przedłożone, z uwagi na fakt, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;

5. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 uznk poprzez błędne przyjęcie, że informacje zawarte w złożonych przez Sprint S.A. wyjaśnieniach dla pkt 2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. dołączył uzasadnienie zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazał wszystkie przesłanki uznania ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również zweryfikowania czy zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk oraz w konsekwencji Zamawiający powinien ujawnić treści informacji odnoszących się do ww. wyjaśnień z uwagi na fakt, że Sprint S.A. nie udowodnił w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, że zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym dane i dokumenty odnoszące się do rzeczonych wyjaśnień nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w szczególności w sytuacji, gdy przedmiotowe informacje będące podstawą do dalszych wyjaśnień nie zostały pierwotnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;
6. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 9 ust. 2 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Sprint S.A. do uzupełnienia oryginalnych wersji językowych tłumaczeń na język polski dokumentów potwierdzających dane techniczne i właściwości opraw, jaki i tłumaczeń na język polski dokumentów potwierdzających dane techniczne i właściwości opraw, które zostały przedłożone w języku angielskim (szczegółowo opisane w treści uzasadnienia) podczas gdy postępowanie prowadzi się w języku polskim a Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów źródłowych w oryginalnej wersji językowej oraz dokumentów złożonych w innym języku niż język polski, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości zweryfikowania czy oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego;
7. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez wezwanie Wykonawcy, tj. Sprint S.A. do przedstawienia innych opraw wraz z dokumentami/wyliczeniami potwierdzającymi spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego w formie zgodnej z zapisami SIWZ jeżeli zaproponowane przez Wykonawcę oprawy nie potwierdzą spełniania wymagań

określonych przez Zamawiającego, podczas gdy wykonawca udzielając wyjaśnień w zakresie treści oferty nie może doprowadzić do jej zmiany, jak również Zamawiający nie może prowadzić z wykonawcą negocjacji treści złożonej przez niego oferty, a poprzez wezwanie do wskazania innych opraw Zamawiający w sposób ewidentny pozwolił Wykonawcy, tj. Sprint S.A. na zmianę jego treści oferty i jej negocjacje, co jest niedopuszczalne;

8. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. i wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania w sytuacji, gdy w wymaganych przez Zamawiającego wyliczeniach fotometrycznych ww. Wykonawca przyjął inne parametry niż wymagane przez Zamawiającego w dokumentacji Postępowania (szczegółowo opisane w treści uzasadnienia odwołania), co doprowadziło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego w zakresie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganymi przez niego wartościami wynikającymi z dokumentacji Postępowania oraz w sposób świadomy i kierunkowy podania nieprawdziwych informacji, podczas gdy Zamawiający powinien był wykluczyć Sprint S.A. i odrzucić ofertę złożoną przez tego wykonawcę z uwagi na podanie przez niego tak informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego jak i informacji nieprawdziwych oraz z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ;
9. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy w ww. Wykonawca zaoferował oprawę parkową stylizowaną w technologii LED (Jargeau 400) ze stopniem ochrony przed wnikaniem pyłu i wody IP 65, podczas gdy z dokumentacji Postępowania wynika, że dla opraw parkowych stylizowanych w technologii LED Zamawiający wymagał stopnia ochrony przed wnikaniem pyłu i wody z IP nie mniejszym niż IP 66, w związku z tym Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ;
10. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy ww. Wykonawca zaoferował oprawę drogową stylizowaną w technologii LED (Harmony Classic LED) ze stopniem ochrony przed wnikaniem pyłu i wody IP 65, podczas gdy z dokumentacji Postępowania wynika, że dla opraw drogowych stylizowanych w technologii LED Zamawiający wymagał stopnia ochrony przed wnikaniem pyłu i wody z IP nie mniejszym niż IP 66, w związku z tym Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ;

11. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy w ww. Wykonawca zaoferował oprawę drogową stylizowaną w technologii LED (Harmony Classic LED) z poziomem tolerancji dla wysokości i szerokości większym niż dopuszczalny przez Zamawiającego, tj. większym niż „+/- 20%”, podczas gdy z dokumentacji Postępowania wynika, że dla opraw drogowych stylizowanych w technologii LED Zamawiający dopuszczał poziom tolerancji dla wysokości i szerokości z poziomem tolerancji nie większym niż „+/- 20%”, w związku z tym Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ;
12. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy w ww. Wykonawca zaoferował oprawy z serii DigiStreet, dla których temperatura maksymalna pracy wynosi 35°C lub też 25°C, podczas gdy z dokumentacji Postępowania wynika, że dla opraw LED zakres temperatury pracy powinien wynosić: $-35^{\circ}\text{C} > T_0 > 45^{\circ}$, w związku z tym Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ;
13. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy w ww. Wykonawca nie udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego zamieszczone w pkt 2, pkt 3.1 - pkt 3.9 wezwania zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. lub też w sytuacji gdy poprzez udzielenie odpowiedzi na ww. pytania Sprint S.A. doprowadził do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, podczas gdy Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ;
14. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sprint S.A., zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. pomimo, że oferta ta podlega odrzuceniu, podczas gdy Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez ww. wykonawcę i zgodnie z kryteriami oceny ofert wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o „uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,

- dokonania odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie,
- dokonania odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych i dokumentów dotyczących podwykonawców, na zasobach których polega Sprint S.A.,
- dokonania odtajnienia danych i dokumentów dotyczących podwykonawców, na zasobach których polega Sprint S.A., dokonania odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dla pkt 2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r., o ile uzasadnienie takie zostało złożone przez Sprint S.A.,
- dokonania odtajnienia wyjaśnień dla pkt 2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9. stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r.
- wezwanie do uzupełnienia oryginalnych wersji językowych dokumentów złożonych wyłącznie w formie tłumaczeń na polską wersję językową, jak również do uzupełnienia tłumaczeń dokumentów, które zostały złożone w języku angielskim bez tłumaczeń na język polski,
- wykluczenia Sprint S.A. z uwagi na przekazanie informacji wprowadzających w błąd,
- odrzucenia oferty złożonej przez Sprint SA. z uwagi na jej niezgodność z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- i dokonania wyboru oferty Odwołującego, w ramach powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.”

Uzasadniając swoje stanowisko w zakresie zarzutu oznaczonego nr 1 – naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej jako „z.n.k.”, poprzez błędne przyjęcie, że w piśmie mającym stanowić uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji udowodniono, iż wszystkie informacje zawarte w ofercie a zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. wykazał wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 z.n.k., w tym zamawiający ma obowiązek po pierwsze rzetelnie zbadać takie pismo, po drugie ma obowiązek umożliwić innym wykonawcom weryfikację skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle przesłanek art. 11 ust. 4 z.n.k., a w konsekwencji takie pismo nie powinno być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zamawiający powinien

ujawnić treść pisma zawierającego treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na fakt, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa - odwołujący wskazał co następuje.

Aby jakiegokolwiek informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa - zgodnie z art. 8 ust. 3 p.z.p. - muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- a) Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa muszą wypełniać dyspozycję art. 11 ust. 4 z.n.k., który stanowi, że 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. W związku z tym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia kumulatywnie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.
- b) Wykonawca musi wykazać, uzasadnić, udowodnić, że każda konkretna informacja, a więc pojedyncza informacja zastrzeżona przez niego informacje spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., nie później niż w dniu złożenia oferty.

Następnie odwołujący podniósł, iż jeżeli wykonawca Sprint S.A. chciał skutecznie zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa samo uzasadnienie zastrzeżenia tejże tajemnicy, to powyższe przesłanki powinno spełniać także pismo zawierające rzeczony uzasadnienie. Wobec tego w piśmie zawierającym uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być zawarte informacje mające charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą, ponadto nie powinny one zostać ujawnione do wiadomości publicznej jak również wykonawca musi podjąć w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

W świetle wiedzy i praktyki odwołującego w samym uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawca wskazuje dlaczego dane informacje zastrzega jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazuje spełnianie przesłanek z art. 11 ust. 4 z.n.k., cytuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej czy też sądów powszechnych. Takie informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 4 z.n.k. Dlatego też, w ocenie odwołującego, zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa samego uzasadnienia zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest kompletnie niezasadne.

Każdy wykonawca konkurujący, ma absolutne prawo do kontroli działań konkurenta w zakresie prawidłowości zastrzeżenia części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dlatego też sam dokument o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, ten walor będzie miała informacja merytoryczna, o ile rzeczywiście zostały spełnione ku temu wszystkie przesłanki. Zamawiający więc nie może ograniczać odwołującemu prawa kontroli, wyłączając z jawności generalne pismo o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, ewentualnie wyłączyć z jawności ten fragment gdzie wykonawca Sprint S.A. podał piny, hasła, kody itp.

Zdaniem odwołującego z zamieszczonego w dokumentacji postępowania pisma Zespołu ds. Zamówień Publicznych wynika, że zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawcy Sprint S.A. jako wystarczające do wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi m.in. na orzecznictwo KIO - orzecznictwo KIO jest powszechnie dostępne i nie ma waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym, należy uznać, że zamawiający powinien był odtajnić pismo zawierające samo uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto, odwołujący podniósł, że jeżeli takie uzasadnienie nie zostało dołączone do oferty Sprint S.A. lub ma ono charakter ogólny, lakoniczny to odtajnieniu powinny podlegać wszystkie informacje nie spełniające łącznie wszystkich przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz podobnie dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż niejako automatycznie z uwagi na niespełnienie przesłanki z art. 8 ust. 3 p.z.p., w której to normie prawnej jest mowa o tym, że wykonawca jest zobowiązany wykazać, że zastrzeżone konkretna informacja od słowa X do słowa Y, lub sam parametr 2, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu oznaczonego nr 2, podniesionego jako naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k., poprzez błędne przyjęcie, że informacje zawarte w złożonym przez Sprint S.A. piśmie mającym stanowić uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do podwykonawców udostępniających swoje zasoby zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (o ile uzasadnienie takie zostało złożone) i zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. wykazał wszystkie przesłanki uznania informacji zawartych w piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do podwykonawców udostępniających swoje zasoby za tajemnice przedsiębiorstwa, jak również zweryfikowania czy zastrzeżone w ww.

piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., a w konsekwencji zamawiający powinien ujawnić pismo zawierające treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na fakt, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym bardziej, że odwołujący od lat działa na tym rynku i zna wszystkich konkurentów, gdyż przedmiot zamówienia jest bardzo specyficzny, więc i krąg wykonawców jest znany. Ponadto partner technologiczny odwołującego (Schröder Polska Sp. z o.o.) współpracuje ze wszystkimi podmiotami wykonującymi w kraju tak charakterystyczny przedmiot zamówienia, odwołujący podniósł jak niżej.

Na wstępie uzasadnienia zarzutu odwołujący wskazał, iż na podstawie udostępnionej mu przez zamawiającego dokumentacji postępowania nie jest w stanie stwierdzić, czy rzeczony uzasadnienie - dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do podwykonawców będących podmiotami trzecimi - zostało w ogóle załączone. Zaś jeżeli takie uzasadnienie nie zostało załączone, to oczywistym jest, że wykonawca Sprint S.A. nie sprostął obowiązkowi wykazania, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają taki walor zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 p.z.p., w konsekwencji dane te podlegają odtajnieniu.

Dodatkowo odwołujący stwierdził, że jeżeli wykonawca Sprint S.A. załączył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, „to w tym miejscu aktualna pozostaje argumentacja przywołania w pkt ad 1 powyżej.” W związku z tym, w ocenie odwołującego, zamawiający powinien był zweryfikować czy samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie danych odnoszących się do podwykonawców spełnia wymagania art. 11 ust. 4 z.n.k., jeżeli odpowiedź jest negatywna, zamawiający zobowiązany był odtajnić uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów odnoszących się do podwykonawców udostępniających swoje zasoby.

Zarzut nr 3, sformułowany jako naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k, poprzez błędne przyjęcie, że informacje zawarte w złożonych przez wykonawcę Sprint S.A. dokumentach odnoszących się do podwykonawców udostępniających zasoby temu wykonawcy (m.in. dane tych podmiotu, zobowiązania do udostępniania zasobów, formularze Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, wykaz dostaw wraz z dokumentami mającymi potwierdzać ich należyte wykonanie, wykaz osób, zakres podwykonawstwa) zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k, podczas gdy

zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. wykazał wszystkie przesłanki uznania ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również zweryfikowania czy zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k. oraz w konsekwencji powinien ujawnić treści informacji odnoszących się do podwykonawców udostępniających swoje zasoby, z uwagi na fakt, że Sprint S.A. nie udowodnił w świetle art. 8 ust. 3 p.z.p., że zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym dane i dokumenty odnoszące się do podmiotu trzeciego na zasobach, którego polega ww. wykonawca nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, odwołujący uzasadnił w sposób następujący.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał odtajnienia danych i dokumentów dotyczących podwykonawców będących podmiotami trzecimi, które Sprint S.A. niezasadnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zostało wskazane już powyżej, aby jakiegokolwiek informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa - zgodnie z art. 8 ust. 3 p.z.p. - muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- a) Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa muszą wypełniać dyspozycję art. 11 ust. 4 z.n.k, który stanowi, że 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. W związku z tym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia kumulatywnie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.
- b) Wykonawca musi wykazać, uzasadnić, udowodnić, że każda konkretna informacja, a więc pojedyncza informacja zastrzeżona przez niego informacje spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., nie później niż w dniu złożenia oferty.

Następnie odwołujący podniósł, że dołączone do oferty uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa mające uzasadniać, wykazywać zasadność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji, musi mieć charakter szczegółowy, odnoszący się do konkretnego przypadku i postępowania, w sposób wyczerpujący i precyzyjny wykazywać zaistnienie w stosunku do danego zbioru danych każdej z przesłanek uznania konkretnych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 z.n.k., ponadto z takiego uzasadnienia powinna wynikać szkoda jaką wykonawca

poniósłby na skutek udostępnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstw konkurencji. Zdaniem odwołującego Sprint S.A. nie może ponieść żadnej szkody z ujawnienia tych danych, a *contrario*, odwołujący nie odniesie żadnych korzyści gospodarczych z tego tytułu, że poweźmie te informacje, ale będzie mógł skontrolować czy zamawiający wywiązuje się z przestrzegania fundamentalnej zasady opisanej w art. 7 ust. 3 p.z.p., do czego ma pełne prawo.

W ocenie odwołującego, uzasadnienie mające charakter ogólny, lakoniczny, blankietowy, odwołujące się wyłącznie do przytoczenia art. 11 ust. 4 z.n.k., cytujące orzecznictwo KIO czy też sądów powszechnych - niezależnie od zastrzeżonych danych - jest nieskuteczne. Ponadto jeżeli z uzasadnienia nie wynikają wszystkie przesłanki odwołujące się do art. 11 ust. 4 z.n.k., ma ono charakter ogólny, nie odnosi się do szkody jaką poniósłby wykonawca Sprint S.A. na skutek udostępnienia danych informacji konkurencji, to dane te - niezależnie od ich waloru - nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a wobec tego podlegają odtajnieniu.

W dalszej kolejności podniesiono, iż z uwagi na fakt, że zamawiający utajnił samo zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący nie jest w stanie zweryfikować czy samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spełnia minimalne wymogi dla uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem czy skutecznie mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, dane, dokumenty odnoszące się do podwykonawcy udostępniającego swoje zasoby.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący stwierdził: „zwracamy się do Krajowej Izby Odwoławczej z prośbą o weryfikację samego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa - czy zostało w sposób skuteczny wykazane, że każda pojedynczo zidentyfikowana informacja zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa ma faktycznie taki walor.”

Odwołujący podniósł również, iż zacytowanie orzecznictwa KIO czy też sądów powszechnych jest nieskuteczne dla prawidłowego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, a odwołujący przypuszcza, że z taką sytuacją możemy mieć do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym - wynika to z faktu, że w piśmie zespołu ds. Zamówień Publicznych zostało nadmienione, iż „wykonawca opierając się między innymi o orzecznictwo KIO wykazał swój interes w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie jak wyżej”, tj. w zakresie podwykonawców udostępniających swoje zasoby. Powyższe, zdaniem odwołującego, jednoznacznie sugeruje nieskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto, odwołujący stwierdził, że niezależnie od powyższego, informacje które są zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa muszą same w sobie mieć taki wymiar. Dane dotyczące podwykonawców udostępniających swoje zasoby i wszystkie informacje zawarte w dokumentach odnoszących się do takiego podmiotu trzeciego takiego waloru nie

posiadają. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter jawny, jest to jedna z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy (art. 8 ust. 3 p.z.p.), a wyjątki nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający. Wobec tego, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, jaki i podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby powinny się godzić na ograniczenia wynikające z tej zasady. Dane dotyczące podmiotu trzeciego nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, nie spełniają one bowiem przesłanek z art. 11 ust. 4 z.n.k., natomiast ograniczają konkurencji możliwość weryfikacji m.in. czy zobowiązanie do udostępnienia zasobów jest realne, czy podmioty trzecie będące podwykonawcami spełniają warunki udziału w postępowaniu, czy przedłożyli prawidłowe dokumenty formalne potwierdzające brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czy zakres prac wskazanych w zakresie podwykonawstwa zgadza się warunkiem udziału w postępowaniu, wreszcie czy podano prawdziwe informacje.

Odwołujący podkreślił również fakt, że rynek podmiotów będących dostawcami opraw jest dość hermetyczny, w związku z tym jakiegokolwiek kontrakty handlowe pomiędzy podmiotami działającymi na powyższym rynku nie są tajemnicą. Odwołujący, jak również jego partner technologiczny Schreder Polska Sp. z o.o. od lat działają na przedmiotowym rynku i znają krąg podmiotów prowadzących działalność na tymże rynku, więc i informacje te oczywiście nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, i wartości gospodarczej dla wykonawcy Sprint S.A. Co więcej, odwołujący zauważył, że nawet gdyby uznać, że Sprint S.A. wykazał spełnienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa co do danych podwykonawców będących podmiotami trzecimi (co, w ocenie odwołującego, jest wątpliwe z uwagi na bardzo dobrą orientację w tym wąskim obszarze przez odwołującego oraz jego partnera technologicznego), to nie mogą podlegać zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa w całości dokumenty, z których wynikają m.in. dane dotyczące zrealizowanych zamówień mające potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, informacje dotyczące potencjału kadrowego mające potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, dane wynikające z zobowiązania do udostępnienia zasobów czy też zakres prac jaki wykona podwykonawca.

O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy zrealizowali zamówienia polegające na dostawie materiałów elektrycznych lub oświetlenia ulicznego (w tym opraw i słupów) wraz z instalacją, wymianą, budową lub przebudową oświetlenia drogowego, o wartości minimum 200.000,00 zł brutto (pkt V.2.3.1. SIWZ), zatem w ocenie odwołującego, jest wiadomym jakich treści należy się spodziewać w ofercie Sprint S.A., co obrazuje że o żadnej tajemnicy nie może być mowy.

W dalszej kolejności uzasadnienia zarzutu odwołujący podkreślił, że „tego typu zamówienia są co do zasady zamawiane przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy Pzp. W związku z tym informacje o powyższych zamówieniach można uzyskać chociażby w drodze dostępu do informacji publicznej. Zatem każdy może dowiedzieć się o przedmiocie zamówienia i podmiocie go realizującym. Wobec tego informacje te nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa i powinny podlegać odtajnieniu. W tym miejscu zwracamy się do Krajowej Izby Odwoławczej z prośbą o weryfikację czy zamówienia wskazane w wykazie dostaw nie zostały wykonane na rzecz podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp, bądź też informacji o nich nie można znaleźć w sieci Internet.”

Odwołujący wskazał również, że dane dotyczące podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby mającego być podwykonawcą będą podlegały ujawnieniu po zawarciu umowy, gdyż umowy w sprawie zamówienia publicznego są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, co wynika z art. 139 ust. 3 p.z.p. Wobec tego, odwołujący stwierdził, że niezależnie od treści uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych podwykonawców będących podmiotami trzecimi, z uwagi na fakt, że powyższe informacje same w sobie nie wypełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich informacji odnoszących się do ww. podwykonawców - również tych, które mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego, dokumentów formalnych (zaświadczenia z KRS, ZUS, Urzędu Skarbowego, KRK itp.), zobowiązania do udostępnienia zasobów, zakres prac wykonywanych przez wykonawców nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym odwołujący wywiódł, iż niezasadne uznanie powyższych informacji za tajemnice przedsiębiorstwa zamawiający uniemożliwił odwołującemu zweryfikowanie czy wykonawca wykazał realne dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego oraz czy spełnia warunków udziału w postępowaniu, czy podał w tym obszarze prawdziwe informacje. Tym bardziej, że jak wynika z pisma zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. wzywał on Sprint S.A. do wyjaśnień w ww. zakresie, co tym bardziej budzi uzasadnione wątpliwości czy ww. wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zaś powyższe zaniechanie zamawiającego miało więc istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania.

Naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k, poprzez błędne przyjęcie, że informacje zawarte w złożonym przez Sprint S.A. piśmie mającym stanowić uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do wyjaśnień dla pkt 2, 3.1, 3.2, 3.3,

3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. (o ile w ogóle takie pismo zostało złożone) zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. wykazał wszystkie przesłanki uznania informacji zawartych w piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do wyjaśnień we wskazanym powyżej zakresie, o ile przedmiotowe uzasadnienie zostało przedłożone, jak również zweryfikowania czy zastrzeżone w ww. piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., a w konsekwencji zamawiający powinien ujawnić pismo zawierające treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli pismo takie zostało przedłożone, z uwagi na fakt, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, oznaczone jako zarzut nr 4 uzasadniono jak niżej.

Na wstępie odwołujący podniósł, iż na podstawie udostępnionej mu przez zamawiającego dokumentacji postępowania nie jest w stanie stwierdzić, czy rzeczzone uzasadnienie dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień odnoszących się do pkt 2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 pisma zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. zostało w ogóle załączone, zaś jeżeli takie uzasadnienie nie zostało załączone, to oczywistym jest, w ocenie odwołującego, że wykonawca Sprint S.A. nie sprostął obowiązkowi wykazania, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają taki walor zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 p.z.p., w konsekwencji dane te podlegają odtajnieniu.

Następnie odwołujący argumentował, że jeżeli wykonawca Sprint S.A. załączył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, „to w tym miejscu aktualna pozostaje argumentacja przywołania w pkt ad 1 powyżej”, w związku z czym zamawiający powinien był zweryfikować czy samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spełnia wymagania art. 11 ust. 4 z.n.k. - jeżeli odpowiedź jest negatywna, zamawiający zobowiązany był odtajnić uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dla pkt 2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9.

W stosunku do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k, poprzez błędne przyjęcie, że informacje zawarte w złożonych przez wykonawcę Sprint S.A. wyjaśnieniach dla pkt 2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 stanowiących odpowiedź na wezwanie

zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. dołączył uzasadnienie zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazał wszystkie przesłanki uznania ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również zweryfikowania czy zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., oraz w konsekwencji zamawiający powinien ujawnić treści informacji odnoszących się do ww. wyjaśnień z uwagi na fakt, że Sprint S.A. nie udowodnił w świetle art. 8 ust. 3 p.z.p., że zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym dane i dokumenty odnoszące się do rzeczonych wyjaśnień nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w szczególności w sytuacji, gdy przedmiotowe informacje będące podstawą do dalszych wyjaśnień nie zostały pierwotnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa - oznaczonego w odwołaniu nr 5, odwołujący podniósł następujące argumenty.

Odwołujący wskazał, że w sytuacji, w której treść oferty odnosząca się do przedmiotu zamówienia, tj. oferowanych przez Sprint S.A. opraw była jawna od momentu złożenia oferty, nie sposób przyjąć, że wyjaśnienia odwołujące się do tejże treści oferty stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. mogą mieć walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, dokumenty będące podstawą wątpliwości zamawiającego, którym dał wyraz w piśmie z dnia 4 grudnia 2017 r. (pkt 2, pkt 3.1. - pkt 3.9.), zostały dołączone przez wykonawcę Sprint S.A. do jego pisma z dnia 31 października 2017 r., wówczas Sprint S.A. nie zastrzegł ich jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zatem informacje te mają już charakter informacji powszechnie dostępnych, odnoszą się do jawnej części szeroko rozumianej oferty - niezastrzeżonej przez Sprint S.A. od samego początku, a więc nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 4 z.n.k. Odwołujący również zaznaczył, iż podtrzymuje argumentację przytoczoną w pkt ad 3 powyżej.

W ocenie odwołującego, wykonawca Sprint S.A. w sposób nieuprawniony zastrzega przedmiotowe wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co zamawiający bezprawnie uznał za prawidłową czynność wyłącznie w celu ukrycia przed konkurencją informacji wprowadzających zamawiającego w błąd co do zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ.

Wobec powyższego odwołujący przyjął, że zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Sprint S.A. odnoszących się do pkt 2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9, zawartych w piśmie wykonawcy z dnia 7 grudnia 2017 r. stanowi wyłącznie o próbie uniemożliwienia konkurencji zweryfikowania prawidłowości przedstawionych przez niego wyjaśnień, względnie czy nie

doszło do próby negocjacji, wreszcie czy dane w tym dokumencie zawarte są po prostu prawdziwe, gdyby bowiem Sprint S.A. „nie miał niczego do ukrycia”, nie zastrzegałby przedmiotowych danych jako tajemnica przedsiębiorstwa tym bardziej, że w ofercie oraz w piśmie z dnia 31 października 2017 r. niniejszych informacji nie zastrzegał jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wszystkie działania zmierzające więc na tym etapie postępowania do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa mają więc charakter nieuprawniony i spóźniony, wobec tego, zamawiający był zobligowany odtajnić przedmiotowe wyjaśnienia.

W zakresie zarzutu nr 6 – naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 9 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 p.z.p. w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania Sprint S.A. do uzupełnienia oryginalnych wersji językowych tłumaczeń na język polski dokumentów potwierdzających dane techniczne i właściwości opraw, jaki i tłumaczeń na język polski dokumentów potwierdzających dane techniczne i właściwości opraw, które zostały przedłożone w języku angielskim (szczegółowo opisane w treści uzasadnienia) podczas gdy postępowanie prowadzi się w języku polskim, a zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów źródłowych w oryginalnej wersji językowej oraz dokumentów złożonych w innym języku niż język polski, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości zweryfikowania czy oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami zamawiającego - odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 9 ust. 2 p.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w języku polskim, zamawiający w pkt V.8 ppkt 11 SIWZ postanowił, że dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniami na język polski, zaś wykonawca Sprint S.A. dołączył do pisma z dnia 31 października 2017 r. następujące dokumenty sporządzone w języku obcym bez tłumaczenia na język polski:

- a) Strona 33 pisma Sprint S.A. z dnia 31 października 2017 r.,
- b) Licence No 088/ENCE/13 - strony 111 - 118 ww. pisma,
- c) Licence No ENCE/000990 - strony 128-130 ww. pisma,
- d) ENCE Certificate Ref. No 059/ENCE/12-strony 139- 146 ww. pisma,
- e) Licence 075/ENCE/12 - strony 147-152 ww. pisma.

Ponadto odwołujący zaznaczył, że do ww. pisma zostały załączone niżej wymienione dokumenty stanowiące wyłącznie tłumaczenia na język polski, bez oryginalnej wersji językowej z jakiej zostało sporządzone przedmiotowe tłumaczenie: Licencja nr 0122/ENEC/16/M1 (strony 119 - 124 pisma Sprint S.A. z dnia 31 października 2017 r.), Deklaracja zgodności WE z dnia 19 września 2016 r. (strony 105-107 ww. pisma) i Licencja ENCE/00952 (strony 131 -132 ww. pisma).

Według odwołującego zamawiający, wbrew normie prawnej wynikającej z art. 26 ust. 3 p.z.p., zaniechał wezwania Sprint S.A. do uzupełnienia tłumaczeń dokumentów na język

polski, jak również oryginalnych wersji językowych ww. dokumentów, zaś w związku z tym, że zamawiający nie dysponuje kompletnymi dokumentami, nie jest na podstawie treści oferty w stanie stwierdzić czy dla każdego oferowanego przez Sprint S.A. modelu oprawy zostały przedłożone wymagane przez zamawiającego dokumenty. Dodatkowo, zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy dokumenty te potwierdzają deklarowane przez Sprint S.A. parametry oraz czy nie wynikają z nich okoliczności przeciwnie. Przedmiotowa okoliczność ma, w ocenie odwołującego, istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ z jednej strony Sprint S.A. nie przedłożył wszystkich wymaganych w pkt V.6.1. SIWZ dokumentów, a po drugie z informacji zawartych w ww. dokumentach mogą wynikać dane świadczące o tym, że oferowany przedmiot zamówienia jest niezgodny z treścią SIWZ.

W stosunku do zarzutu nr 7, jako naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 p.z.p. w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez wezwanie wykonawcy Sprint S.A. do przedstawienia innych opraw wraz z dokumentami/wyliczeniami potwierdzającymi spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego w formie zgodnej z zapisami SIWZ jeżeli zaproponowane przez wykonawcę oprawy nie potwierdzą spełniania wymagań określonych przez zamawiającego, podczas gdy wykonawca udzielając wyjaśnień w zakresie treści oferty nie może doprowadzić do jej zmiany, jak również zamawiający nie może prowadzić z wykonawcą negocjacji treści złożonej przez niego oferty, a poprzez wezwanie do wskazania innych opraw zamawiający w sposób ewidentny pozwolił wykonawcy Sprint S.A. na zmianę jego treści oferty i jej negocjacje, co jest niedopuszczalne, odwołujący argumentował jak niżej.

Wykonawca składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności ofertę opierającą się na równoważnych oprawach, był zobowiązany wskazać już w treści formularza oferty jakie oprawy równoważne oferuje i na czym polega ich równoważność, zaś poprzez wskazanie konkretnych opraw doszło do ukonstytuowania się wiążącej treści oferty, której zmiana po terminie składania ofert jest niedopuszczalna. Jednocześnie - stosownie do brzmienia art. 87 ust. 1 p.z.p. - w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie odwołującego zamawiający, wbrew ww. bezzwzględnie obowiązującej w procedurze udzielania zamówień publicznych normie prawnej, wezwał Sprint S.A. pismem z dnia 4 grudnia 2017 r.: „w przypadku, gdy zaproponowane przez Wykonawcę oprawy nie potwierdzą spełniania wymagań określonych przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do wskazania innych opraw wraz z dokumentami/wyliczeniami potwierdzającymi spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego w formie zgodnej

z zapisami SIWZ" - wezwanie takie zostało zamieszczone przez zamawiającego pod pkt 2 oraz pod pkt 3.9. ww. pisma.

Wobec powyższego odwołujący stwierdził, że treść ww. wezwania była zupełnie nieuprawniona, gdyż prowadzi ona bezpośrednio do zmiany treści oferty, jak też jej negocjacji, czego zabrania art. 87 ust. 1 p.z.p. Zaoferowane przez Sprint S.A. oprawy w ofercie stanowią wiążącą treść tejże oferty i żadne zmiany w powyższym zakresie nie są dopuszczalne, jakakolwiek zmiana w tym zakresie stanowiłaby rażące naruszenie art. 87 ust. 1 p.z.p.

Z uwagi na fakt, że wyjaśnienia złożone przez Sprint S.A. w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. w zakresie pkt 2, jak i pkt 3.1 - pkt 3.9 zostały w sposób nieuprawniony zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, odwołujący podniósł, że nie jest w stanie zweryfikować czy Sprint S.A. nie dopuścił się niedopuszczalnej zmiany treści oferty i dodał „zwracamy się do Krajowej Izby Odwoławczej z prośbą o weryfikację przedmiotowej okoliczności, tj. czy nie doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie innych oprav.”

Naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy w wymaganych przez zamawiającego wyliczeniach fotometrycznych ww. wykonawca przyjął inne parametry niż wymagane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania (szczegółowo opisane w treści uzasadnienia odwołania), co doprowadziło do wprowadzenia w błąd zamawiającego w zakresie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganymi przez niego wartościami wynikającymi z dokumentacji postępowania oraz w sposób świadomy i kierunkowy podania nieprawdziwych informacji, podczas gdy zamawiający powinien był wykluczyć Sprint S.A. i odrzucić ofertę złożoną przez tego wykonawcę z uwagi na podanie przez niego tak informacji wprowadzających w błąd zamawiającego jak i informacji nieprawdziwych oraz z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, oznaczone jako zarzut nr 8 uzasadniono jak niżej.

Zgodnie z treścią pkt III.1 SIWZ wykonawcy składający ofertę równoważną zobowiązani są przedstawić wyliczenia fotometryczne (wykonane w ogólnodostępnym, bezpłatnym programie np. DIALUX), gdzie za parametry wejściowe należy przyjąć wartości z projektu dokumentujące, że wybrane oprawy oświetleniowe zapewnią natężenie oświetlenia zgodnie z obowiązującą normą, wystawione lub potwierdzone przez producenta wskazanych oprav, że wyliczenia są prawidłowe. Załączone wyliczenia powinny potwierdzać osiągnięcie parametrów oświetleniowych na nie gorszym poziomie niż w projekcie zamawiającego. Obliczenia oraz prezentacja wyników obliczeń musi być w pełni zgodna

z przyjętymi w projekcie zamawiającego parametrami projektu tj. identyczna geometria dróg i usytuowania słupów, identyczny poziom współczynnika - wskaźnika utrzymania, parametrów rodzaju nawierzchni, parametrów - położenia obserwatorów. Wydruki muszą zawierać wszystkie wyliczone parametry dla punktów zgodnie z siatką obliczeniową projektu zamawiającego. Sprint S.A. zaoferował oprawy równoważne w stosunku do wymaganych przez zamawiającego, co wynika z pkt 10 formularza oferty.

Następnie zamawiający wezwał, pismem z dnia 4 grudnia 2017 r., Sprint S.A. do poprawienia oraz uzupełnienia wyliczeń fotometrycznych. Dodatkowo zamawiający podniósł, że obliczenia oraz prezentacja wyników obliczeń musi być w pełni zgodne z przyjętymi w projekcie zamawiającego parametrami projektu, tj. identyczna geometria dróg i usytuowania słupów, identyczny poziom współczynnika - wskaźnika utrzymania, parametrów rodzaju nawierzchni, parametrów - położenia obserwatorów, jednocześnie w piśmie zamawiający wskazał, że dla 82 punktów (lokalizacji, ulic) Sprint S.A. w załączonych wyliczeniach fotometrycznych przyjął inne parametry niż wskazane w projekcie zamawiającego. Tytułem przykładu można wskazać, że w ww. piśmie Zamawiający w punkcie 1 wskazał: „ul. Broniewskiego - nieprawidłowa odległość od jezdni, przyjęto 0,43 m i 7,57 m a powinno być 0,00 i 8,00 m, (...), w punkcie 10 wskazał: ul. Krasieńskiego 1 - nieprawidłowa odległość słupa od jezdni, przyjęto - 0,52 m a powinno być -1,0 m.”

Zdaniem odwołującego powyższe obliczenia wykonawca zobowiązany był wykonać na podstawie danych udostępnionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, tj. w pliku excel „Zestawienie opraw wraz z danymi” zakładka „dane do wyliczeń”, zakładka „stan istniejący”.

W opinii odwołującego wykonawca Sprint S.A. niezasadnie zastrzegł jako tajemnicę przedsięwzięcia wyjaśnienia w powyższym zakresie. W związku z tym, odwołujący stwierdził, iż nie jest w stanie zweryfikować ich poprawności, ani prawdziwości danych wejściowych do wyliczeń, ani prawdziwości wyników końcowych.

Wobec powyższego wskazano „Odwołujący, zwraca się do Krajowej Izby Odwoławczej z prośbą o weryfikację jakie parametry dla wyliczeń wskazał Sprint S.A. w swoich wyjaśnieniach i czy zostały w nich przyjęte parametry zgodne z wymaganiami Zamawiającego.”

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, iż jeżeli Sprint S.A. w ramach udzielonych wyjaśnień - w odpowiedzi na błędne wezwanie zamawiającego do wskazania innych opraw wraz z dokumentami/wyliczeniami potwierdzającymi spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego w formie zgodnej z zapisami SIWZ - wymienił nowe/inne oprawy niż zostały opisane w pierwotnie złożonej przez niego ofercie, to mamy do czynienia z niedopuszczalną zmianą treści oferty skutkującą automatycznym odrzuceniem oferty złożonej przez Sprint

S.A. Niestety z uwagi na aprobatę zamawiającego dla niezasadnego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w ocenie odwołującego, nie jest on w stanie tej okoliczności zweryfikować, dlatego też odwołujący zwraca się do Krajowej Izby Odwoławczej z prośbą o weryfikację czy Sprint S.A. w ramach złożonych wyjaśnień nie dopuścił się niedozwolonej zmiany treści oferty poprzez wskazanie nowych oprav.

Następnie odwołujący stwierdził, iż kierując się jawną - udostępnioną przez zamawiającego - częścią wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r., powziął on uzasadnione wątpliwości, że Sprint S.A. przekazał dane wprowadzające zamawiającego w błąd, co do zgodności oferowanego przez ww. wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, co więcej - w sposób celowy, świadomy i kierunkowy podał zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Odwołujący zauważył, że w części jawnej omawianych wyjaśnień, z dnia 7 grudnia 2017 r., zostały zamieszczone obliczenia oświetlenia cz. 1 uwzględniające poprawkę związaną z omyłką, wprowadzoną dla ul. Krasieńskiego 1. Strony 54 i 55 uprzednio złożonych obliczeń - do wyjaśnienia pkt 2.10.

Na marginesie odwołujący zaznaczył, że powyższe informacje - odnoszące się do wyjaśnień dla punktu 2.10 nie powinny zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na ujawnienie tychże informacji przez samego wykonawcę Sprint S.A. Odwołujący stwierdził, iż nie rozumie dlaczego te same dane dla jednej ulicy są jawne, a dla innej ulicy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, niezależnie od wcześniej podnoszonego zarzutu, tj. nie dowiedzenia ponad wszelką wątpliwość spełnienia przez te informacje definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Na podstawie ww. obliczeń, dołączonych do pisma Sprint S.A. z dnia 7 grudnia 2017 r. na stronie 3 - dotyczących punktu nr 10, z wezwania zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r., tj. ul. Krasieńskiego 1- odwołujący wywnioskował, że wykonawca Sprint S.A. wskazał w dokumencie dane wprowadzające zamawiającego w błąd, z których wynika, że Sprint S.A. przyjął do wyliczenia parametry, które nie pokrywają się z danymi wskazanymi przez zamawiającego w tabeli excel „Zestawienie oprav wraz z danymi” zakładka „dane do wyliczeń” i zakładka „stan istniejący”, co w konsekwencji prowadzi do niespełnienia wymaganych przez zamawiającego parametrów oświetleniowych. Przedmiotowe dane wprowadzające w błąd dotyczą w szczególności: odległości zawieszenia oprawy (nawis) oraz wysokości montażu oprav.

Odwołujący podniósł, że jednym z dokumentów udostępnionych przez zamawiającego w ramach dokumentacji postępowania, zamieszczonym na stronie internetowej <http://bip.zdkium.walbrzych.pl> w zakładce dokumentacja.zip, obok podstawowego dokumentu niezbędnego dla wykonania obliczeń fotometrycznych zamieszczonego również w ww. zakładce - tabeli excel „Zestawienie oprav wraz z danymi”

zakładka „dane do wyliczeń”, „stan istniejący”, był folder fotometria. W przedmiotowym folderze zostały zamieszczone cztery części dokumentu „Modernizacja oświetlenia Wałbrzych Obliczenia oświetlenia cz. 1”, na stronie 54 dokumentu („Modernizacja oświetlenia Wałbrzych Obliczenia oświetlenia cz. 1”) został zamieszczony dokument dla punktu Krasieńskiego 1, zawierający dane planowania, profil ulicy, rozmieszczenie opraw. W omawianym dokumencie udostępnionym przez zamawiającego, jako odległość słupa od jezdni wskazano 1,00 m, jednocześnie ze złożonego przez Sprint S.A. dokumentu dotyczącego ul. Krasieńskiego 1 wynika, że wykonawca też założył odległość słupa od jezdni na poziomie -0,51 m.

Powyższe, w ocenie odwołującego, jednoznacznie świadczy o tym, że Sprint S.A. w swoich wyliczeniach fotometrycznych przyjął wartości niezgodne z wartościami wskazanymi przez zamawiającego, chciał wprowadzić w błąd zamawiającego w sposób świadomy i kierunkowy podając nieprawdziwe informacje. Co więcej, odwołujący stwierdził, że Sprint S.A. poprzez złożony m.in. ww. dokument dotyczący ul. Krasieńskiego 1 wprowadza zamawiającego w błąd, twierdząc, że wymagane przez zamawiającego parametry odnoszące się do lokalizacji słupów (ich odległość od krawędzi jezdni) oraz długości wysięgników pozostają zgodne z wymaganiami zamawiającego. Dalej odwołujący argumentował, że z dokumentacji udostępnionej przez zamawiającego wynika, że nawis dla punktu przy ul. Krasieńskiego 1 wynosi -0,510 m, zaś z dokumentu przedłożonego przez Sprint S.A. dla ul. Krasieńskiego 1 wynika również, że nawis wynosi -0,510 m, pomimo że z przedstawionych wyliczeń fotometrycznych miejsce montażu opraw nie pokrywa się z danymi do wyliczeń przekazanymi (wymaganymi) przez zamawiającego. Przedmiotowa okoliczność, zdaniem odwołującego, znajduje potwierdzenie w grafikach będących częścią obliczeń fotometrycznych.

Odwołujący podniósł, że Sprint S.A. błędnie bazuje na parametrach (nawis) wynikających z konkretnego typu opraw, zamiast określić je dla proponowanych przez siebie rozwiązań (opraw). Następnie odwołujący wskazał, iż nawis to parametr opisujący odległość środka optycznego oprawy względem krawędzi jezdni, oblicza się go biorąc się pod uwagę następujące wskaźniki: 1) odległość słupa od krawędzi jezdni (wartość stała); + 2) długość wysięgnika (wartość stała) + 3) środek fotometryczny oprawy (zależy od typu konkretnej oprawy).

W przedmiotowym stanie faktycznym, w ocenie odwołującego, Sprint S.A. otrzymał wynik powyższego działania arytmetycznego zgodny z oczekiwaniem zamawiającego, niezależnie od wartości składających się na powyższe działanie arytmetyczne. Wykonawca Sprint S.A. przyjął do powyższych obliczeń inną niż wymagana przez zamawiającego odległość słupa od krawędzi jezdni wraz z długością wysięgnika, w przypadku ul. Krasieńskiego 1 miała to być odległość 1,00 m (tj. podana odległość słupa od krawędzi

jezdni 2,0 m, długość wysięgnika 1,0 m), zaś Sprint S.A. przyjął wartość -0,51 m (przyjął nawis bez uwzględnienia powyższych wymaganych parametrów).

W konsekwencji powyższego odwołujący wywiódł, że Sprint S.A. wykonał powyższe działanie „od końca”, tj. zaczął od wyniku jakim jest wartość nawisu, natomiast parametry, które są potrzebne do jego obliczenia kierunkowo i świadomie „dostosował” do przedmiotowego wyniku, pomijając „narzucone” przez zamawiającego parametry odnoszące się do odległości słupa od krawędzi jezdni, który to parametr bierze się pod uwagę w niniejszym działaniu arytmetycznym. Ponadto odwołujący argumentował, że zamawiający będący z całą pewnością profesjonalistą, mógł z łatwością te informacje wyłuskać, a wówczas miał co najmniej obowiązek wykluczyć Sprint S.A. z postępowania, jak i odrzucić taką ofertę.

Dodatkowo odwołujący, że wykonawca Sprint S.A. zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego - wynika to z faktu, że w przedstawionych przez Sprint S.A. obliczeniach fotometrycznych przyjęto nawis opraw bazując na obliczeniach udostępnionych przez zamawiającego, co jest niedopuszczalnym błędem. Jak zostało to już przez odwołującego wyżej wskazane nawis jest to odległość środka optycznego oprawy względem krawędzi jezdni i wyliczany jest na podstawie umiejscowienia słupa, długości wysięgnika i odległości środka optycznego oprawy od miejsca jej montażu w linii poziomej. Zaś zarówno umiejscowienie słupów jak i długości wysięgników określone zostały przez zamawiającego, natomiast odległość środka optycznego uzależniona jest od konkretnego typu opraw i niedopuszczalne jest przyjęcie takich samych wartości dla różnych typów opraw, co może świadczyć o dokonaniu nieprawdziwych obliczeń i celowym wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Wykonawca zobowiązany był przedstawić obliczenia fotometryczne dla proponowanych przez niego opraw, przy zadanej lokalizacji słupów i długości wysięgników, a przyjęcie nieprawidłowej geometrii opraw skutkować zaś będzie uzyskaniem nieprawdziwych parametrów fotometrycznych.

W dalszej kolejności uzasadnienia zarzutu odwołujący zwrócił uwagę na kolejny element, świadczący w jego ocenie o niezgodności rozwiązania zaoferowanego przez Sprint S.A., z wymaganiami zamawiającego, „odnosząc się do przykładu punktu przy ul. Krasieńskiego 1. Odwołujący założył, że analogiczne uchybienie zostało popełnione w odniesieniu do pozostałych punktów, gdzie również mogły zostać wprowadzone do wyliczeń nieprawdnie dane lub co najmniej wprowadzające zamawiającego w błąd, co łączy się z faktem wyłączenia tej części oferty z jawności dla konkurentów”.

Zamawiający, w udostępnionym wykonawcom pliku excel „Zestawienie opraw wraz z danymi” w zakładce „stan istniejący” (pozycja nr 378 dla ul. Krasieńskiego 1, kolumna „O”), wskazał wysokość zawieszenia oprawy na poziomie 8 m. Podobnie w dokumencie „Modernizacja oświetlenia Wałbrzych Obliczenia oświetlenia cz. 1” - dla ul. Krasieńskiego 1 -

nadmienił, że wysokość montażu będzie wynosiła: 8.000 m. Z przedłożonego przez Sprint S.A. dokumentu odnoszącego się do danych planowanych dla ul. Krasieńskiego 1 wynika, że wysokość montażu wynosi 8.287 m.

Powyższa okoliczność, w ocenie odwołującego, jednoznacznie świadczy więc o tym, że Sprint S.A. zmienił wymagane przez zamawiającego parametry, co skutkuje także zmianą wyliczonych przez Sprint S.A. wartości parametrów fotometrycznych. Wskazana wartość z dokładnością do trzech miejsc po przecinku świadczy o tym, że nie była to omyłka tylko celowe działanie Sprint S.A., wobec tego odwołujący stwierdził, że zaoferowany przez Sprint S.A. przedmiot zamówienia (oprawy) jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, dokonany przez zamawiającego.

Dalej w uzasadnieniu wskazano, iż w związku z tym, że wyjaśnienia Sprint S.A., stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r., odnoszące się do pkt 2, zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i wbrew zasadom prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nieodtajnione, odwołujący nie jest się w nich odnieść. Niemniej jednak, zdaniem odwołującego, uprawnione jest stwierdzenie, że w zakresie pozostałych 81 punktów wskazanych w wezwaniu zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. Sprint S.A. postąpił analogicznie jak w przypadku punktu 10 (ul. Krasieńskiego 1), wprowadzając zamawiającego w błąd co do parametrów oferowanych opraw lub podając w tym zakresie nieprawdziwe informacje. Z uwagi na brak dostępu do ww. informacji odwołujący stwierdził, że „zwracamy się z prośbą do Krajowej Izby Odwoławczej, o weryfikację przedmiotowej okoliczności oraz o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wszystkich wyliczeń.”

Zarzut nr 9, czyli naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy w ww. wykonawca zaoferował oprawę parkową stylizowaną w technologii LED (Jargeau 400) ze stopniem ochrony przed wnikaniem pyłu i wody IP 65, podczas gdy z dokumentacji postępowania wynika, że dla opraw parkowych stylizowanych w technologii LED zamawiający wymagał stopnia ochrony przed wnikaniem pyłu i wody z IP nie mniejszym niż IP 66, w związku z tym zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, uzasadniono w odwołaniu w sposób następujący.

Odwołujący wskazał, że „uproszczonej dokumentacji projektowej” stanowiącej część dokumentacji postępowania wynika, że oprawa parkowa w technologii LED powinna legitymować się stopniem ochrony przed wnikaniem pyłu i wody nie mniejszym niż IP 66 (pkt 3.4. ppkt 1 ww. dokumentu).

Zamawiający pismem z dnia 8 września 2017 r. dokonał zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wskazując w ust. 4 lit. c), że w dokumentacji projektowej - opis przedmiotu zamówienia, w rozdziale 3 „wymagania dla sprzętu oświetleniowego”, wprowadza się zmiany w ppkt 3.4. „wymagania dla oprawy parkowej stylizowanej w technologii LED” i po ppkt 10 dodaje się ppkt 11 w brzmieniu: „korpus oprawy musi mieć kształt nawiązujący do historycznego o wysokości 760mm i szerokości 450 mm +/- 5%, ścianki zabudowane szybą mleczną.”

Następnie odwołujący stwierdził, że w jego ocenie wykonawca Sprint S.A. przedłożył kartę katalogową dla oprawy Jargeau 400 LED (strona 20 pisma z dnia 31 października 2017 r.) z treści której wynika, że dotyczy ona wersji „z płaską szybą”. W opinii odwołującego cecha „płaska szyba” wyklucza się z wymogiem zamawiającego, iż oprawa musi posiadać „ścianki zabudowane szybą mleczną”. Sprint S.A. przedłożył licencję na używanie europejskiego ENEC dla oprawy oświetlenia miejskiego nr certyfikatu ENEC/000990 (strona 132 pisma Sprint z dnia 31 października 2017 r.). Z treści ww. angielskiego dokumentu dla odwołującego wynika stopień ochrony: IP 65; IK 10 (wersja z kloszem); IP 66, IK 09 (wersja z płaską szybą).

Z powyższego, w ocenie odwołującego, w sposób jednoznaczny wynika, że zaoferowane przez wykonawcę Sprint S.A. oprawy parkowe stylizowane w technologii LED nie spełniają wymagań zamawiającego opisanych w dokumentacji postępowania. Zamawiający wymagał bowiem stopnia ochrony przed wnikaniem pyłu i wody na poziomie nie mniejszym niż IP 66, natomiast w ww. oprawie oferowanej przez Sprint S.A. stopień ten wynosi IP 65, zaś stopień ochrony przed wnikaniem pyłu i wody na poziomie IP 66 jest dostępny dla wersji z szybą płaską, a nie z szybą mleczną (z pełnym kloszem).

W konsekwencji powyższego odwołujący stwierdził, iż oferta złożona przez wykonawcę Sprint S.A., jako niezgodna z treścią SIWZ powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Kolejny zarzut – oznaczony przez odwołującego nr 10 – naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy ww. wykonawca zaoferował oprawę drogową stylizowaną w technologii LED (Harmony Classic LED) ze stopniem ochrony przed wnikaniem pyłu i wody IP 65, podczas gdy z dokumentacji postępowania wynika, że dla opraw drogowych stylizowanych w technologii LED zamawiający wymagał stopnia ochrony przed wnikaniem pyłu i wody z IP nie mniejszym niż IP 66, w związku z tym zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, odwołujący uzasadnił w sposób poniższy.

Z „uproszczonej dokumentacji projektowej” stanowiącej część dokumentacji postępowania wynika, że oprawa drogowa stylizowana w technologii LED powinna legitymować się stopniem ochrony przed wnikaniem pyłu i wody nie mniejszym niż IP 66 (pkt 3.3. ppkt 1 ww. dokumentu).

Z przedłożonego przez wykonawcę Sprint S.A. dokumentu dołączonego do pisma z dnia 31 października 2017 r. (strony 128 - 130) dla odwołującego wynika stopień ochrony: IP 65; IK 10 („klosz wypukły”); IP 66, IK 09 („płaska szyba”). Ponadto, zdaniem odwołującego, w tym miejscu należy podnieść, że przedmiotowy dokument został złożony bez tłumaczenia na język polski (proszę porównać z punktem ad 6 powyżej), jak też z dokumentu nie wynika typ oprawy, dla którego przedstawiono powyższy certyfikat. Dodatkowo odwołujący wskazał, iż zaoferowane przez wykonawcę Sprint S.A. oprawy drogowe stylizowane w technologii LED nie spełniają wymagań zamawiającego opisanych w dokumentacji postępowania - zamawiający wymagał bowiem stopnia ochrony przed wnikaniem pyłu i wody na poziomie nie mniejszym niż IP 66, natomiast w ww. oprawie oferowanej przez Sprint S.A. stopień ten wynosi IP 65.

Odwołujący podniósł, iż czyni przedmiotowy zarzut z powodu braku kompletnych dokumentów dołączonych do oferty, które mogłyby potwierdzić parametry wymagane przez zamawiającego, natomiast z powszechnie dostępnych materiałów wynika, że dla tych opraw drogowych stylizowanych stopień IP wynosi 65.

Konkludując powyższe odwołujący stwierdził, że oferta złożona przez wykonawcę Sprint S.A., jako niezgodna z treścią SIWZ, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego (zarzut nr 11) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sprint S.A. w sytuacji, gdy w ww. wykonawca zaoferował oprawę drogową stylizowaną w technologii LED (Harmony Classic LED) z poziomem tolerancji dla wysokości i szerokości większym niż dopuszczalny przez zamawiającego, tj. większym niż „+/- 20%”, podczas gdy z dokumentacji postępowania wynika, że dla opraw drogowych stylizowanych w technologii LED zamawiający dopuszczał poziom tolerancji dla wysokości i szerokości z poziomem tolerancji nie większym niż „+/- 20%”, w związku z tym zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, oznaczonego w odwołaniu nr 11, odwołujący wskazał, że w ramach zmiany SIWZ z dnia 8 września 2017 r. Zamawiający w pkt 4 lit. b) postanowił, że w pkt 3.3. „Uproszczonej dokumentacji projektowej” stanowiącej część dokumentacji postępowania dodaje się ppkt 18 w brzmieniu „korpus oprawy musi mieć kształt nawiązujący do kropli o wysokości 855mm i szerokości

570mm +/- 5%. Następnie, poprzez zmianę SIWZ, pismem z dnia 14 września 2017 r., zamawiający zmienił poziom tolerancji „+/- 5%” na „+/- 20%”.

Odwołujący przedstawił rysunek oprawy Harmony Classic LED, którą w jego ocenie zaoferował Sprint S.A. oraz stwierdził, że dokonując porównania lampy wymaganej przez zamawiającego i dopuszczonego przez niego poziomu tolerancji dla korpusu oprawy należy zauważyć, że zamawiający podając wymiary ww. oprawy w zakresie wysokości (855 mm) nie brał pod uwagę elementu montażowego do ww. wymiaru. Zaś zdaniem odwołującego, wykonawca Sprint S.A. w zaoferowanej przez siebie lampie do wymaganej przez zamawiającego wysokości oprawy wliczył również element montażowy. Niniejsze, w ocenie odwołującego, skutkuje tym, że zmieniają się parametry przedmiotowej oprawy, co wpływa również na wymagany przez zamawiającego poziom tolerancji „+/- 20%”, a w konsekwencji przy uwzględnieniu elementu montażowego ww. wymogi odnoszące się do poziomu tolerancji są niespełnione.

Wobec powyższego odwołujący podsumował, że zaoferowana przez wykonawcę Sprint S.A. oprawa drogowa stylizowana nie spełnia wymagań zamawiającego opisanych w dokumentacji postępowania, a w konsekwencji oferta złożona przez wykonawcę powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Argumentacja odwołującego w zakresie zarzutu nr 12, naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., sformułowanego jako zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy w ww. wykonawca zaoferował oprawy z serii DigiStreet, dla których temperatura maksymalna pracy wynosi 35°C lub też 25°C, podczas gdy z dokumentacji Postępowania wynika, że dla opraw LED zakres temperatury pracy powinien wynosić: $-35^{\circ}\text{C} \geq T_0 \geq 45^{\circ}$, w związku z tym zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, przedstawiała się w sposób następujący.

Ze „Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót” stanowiącej część dokumentacji postępowania wynika, że oprawy LED powinny mieć zakres temperatury pracy: $-35^{\circ}\text{C} \geq T_0 \geq 45^{\circ}$, (pkt II.2.3. ppkt 17 ww. dokumentu), zaś z przedłożonych przez wykonawcę Sprint S.A. kart katalogowych wynika, że standardowy zakres temperatur pracy to od -35° do $+45^{\circ}\text{C}$ (strona 53, 77 pisma Sprint z dnia 31 października 2017 r.), jednocześnie z przedłożonego, przez Sprint S.A. w ramach ww. pisma dokumentu jakim jest licencja na używanie europejskiego znaku licencja nr 0122/ENEC/16/M1 wynika, że temperatura maksymalna wynosi 35°C (strona 120 ww. pisma Sprint S.A.).

Dodatkowo, odwołujący podniósł, że powszechnie dostępnych danych zamieszczonych na oficjalnej stronie producenta wynika, że zakres temperatury pracy dla

rodziny opraw z serii DigiStreet wynosi maksymalnie 35°C ([http:// www.assetes.lighting \(...\)](http://www.assetes.lighting)), natomiast dla niektórych z lamp z serii DigiStreet temperatura ta wynosi maksymalnie 25°C.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący stwierdził, że niezgodność kart katalogowych z dołączonymi certyfikatami i deklaracjami może świadczyć o tym, że przedłożone do pisma Sprint S.A. z dnia 31 października 2017 r. karty katalogowe zostały stworzone na potrzeby niniejszego postępowania lub wykonawca dostarczył certyfikaty oraz deklaracje na inne produkty niż te, które wymienił w ofercie, co też może świadczyć o wprowadzeniu zamawiającego w błąd, co z kolei wiąże się wówczas z obligatoryjnym zastosowaniem wobec wykonawcy art. 24 ust. 1 pkt 16, czego zamawiający zaniechał.

Rekapitulując uzasadnienie zarzutu, odwołujący wskazał, że oferta złożona przez wykonawcę Sprint S.A., jako niezgodna z treścią SIWZ, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., albo też równocześnie wykonawca ten podlega wykluczeniu, z uwagi na ziszczenie się przesłanek opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.

W stosunku do zarzutu nr 13 – naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy w ww. wykonawca nie udzielił odpowiedzi na pytania zamawiającego zamieszczone w pkt 2, pkt 3.1 - pkt 3.9 wezwania zawartego w piśmie zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. lub też w sytuacji gdy poprzez udzielenie odpowiedzi na ww. pytania Sprint S.A. doprowadził do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, podczas gdy zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, odwołujący wskazał jak niżej.

W ocenie odwołującego, w związku z tym, że wykonawca Sprint S.A. w sposób niezasadny zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 4 grudnia 2017 r. w zakresie pkt 2, pkt 3.1 - 3.9, odwołujący nie jest w stanie zweryfikować czy wykonawca złożył wymagane przez zamawiającego wyjaśnienia, czy wyjaśnienia te nie świadczą o niezgodności oferty Sprint S.A. z treścią SIWZ, jak również czy poprzez złożone wyjaśnienia nie doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty bądź też jej negocjacji.

Wobec powyższego odwołujący stwierdził, iż „zwraca się do Krajowej Izby Odwoławczej z prośbą o weryfikację czy Sprint S.A. przekazał odpowiedzi na pytania zamieszczone w pkt 2, pkt 3.1 – pkt 3.9 pisma Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r., które to wyjaśnienia zostały w sposób nieuprawniony zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący prosi o zwrócenie uwagi na okoliczność czy udzielone odpowiedzi stanowią wyczerpujące wyjaśnienie wszystkich wątpliwości Zamawiającego.

Ponadto, Odwołujący zwraca uwagę na konieczność sprawdzenia czy poprzez złożone wyjaśnienia nie doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty lub też negocjacji jej treści.”

Zarzut nr 14 sformułowany jako naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. oraz art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sprint S.A., zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. pomimo, że oferta ta podlega odrzuceniu, podczas gdy zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez ww. wykonawcę i zgodnie z kryteriami oceny ofert wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez odwołującego, odwołujący uzasadnił: „mając na uwadze okoliczności wskazane powyżej, tj. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. należy uznać, że Zamawiający powinien był wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.”

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron zakreśliły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania Zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (*vide* wyrok KIO z 26.04.2012 r., sygn. akt KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15; z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

W toku postępowania odwoławczego do udziału w sprawie, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono do udziału w sprawie, po stronie zamawiającego, wykonawcę Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie, ul. Jagiellończyka 26, 10 - 062 Olsztyn (dalej jako "przystępujący"). Przystępujący uszczegółowił swoje stanowisko w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami siwz, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, zaś przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak wskazał odwołujący w wyniku zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego jego interes w uzyskaniu zamówienia może ponieść i ponieść szkodę, bowiem gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami p.z.p., należycie zbadałby i ocenił ofertę wykonawcy Sprint S.A., zamawiający nie dokonałby wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, lecz odrzuciłby ofertę złożoną przez spółkę z uwagi na wystąpienie podstaw do jej odrzucenia, opisanych w treści niniejszego odwołania. Ponadto w konsekwencji potwierdzenia zarzutów odwołania zamawiający dokonałby wyboru oferty

odwołującego jako najkorzystniejszej, gdyż złożył on ofertę zgodną z treścią SIWZ, która zawiera najwyższą ilość punktów w ocenianych kryteriach.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia", uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony, a opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, co wydaje się szczególnie istotne na kanwie rozpoznawania niniejszego odwołania, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter skargowy – wyrazem zakresu skargowości jest generalny zakaz, o charakterze absolutnym, orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 p.z.p.). Zakaz ten w niniejszej sprawie jest szczególnie istotny z uwagi na treść art. 180 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym „Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.”, art. 180 ust. 3 p.z.p., zgodnie z którym „Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.” oraz art. 190 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.”.

Zestawienie ze sobą przywołanych przepisów oznacza, że dla prawidłowego sformułowania zarzutu przez odwołującego, konieczne jest precyzyjne wskazanie czynności zamawiającego (działania lub zaniechania), którą odwołujący kwestionuje, a także

wskazanie okoliczności faktycznych, na których odwołujący opiera swój pogląd o niezgodności z przepisami ustawy tejże czynności, oraz przedstawienie Izbie dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Należy przy tym zauważyć, że ciężar braków w tym zakresie poniesie – w braku regulacji szczególnych zmieniających w danym przypadku rozkład ciężaru dowodu – odwołujący, zgodnie z przyjętą zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* – tj. ciężar dowodu spoczywa na tym, kto twierdzi, a nie na tym, kto zaprzecza. Mając jednak na uwadze, że identycznie ciężar dowodu uregulowany został w procesie cywilnym, wypada podkreślić, że powielenie tej regulacji przez ustawodawcę ma istotne znaczenie nie tylko informacyjne, ale również systemowe – rozkład ciężaru dowodu jest w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą szczególnie istotny z uwagi na fakt, że, w przeciwieństwie do postępowania cywilnego, postępowanie po pierwotnym zakreśleniu jego ram nie może zostać w żaden sposób rozszerzone – przepisy ustawy p.z.p. nie przewidują możliwości zgłoszenia nowych zarzutów w toku postępowania.

Powyższe stanowi również, obok odwołania z art. 185 ust. 7 p.z.p. do przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, podstawę zasady kontradiktoryjności procesu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zasada ta, doprecyzowana w art. 190 p.z.p., co do zasady nie doznaje wyjątków – możliwe jest co prawda wyjątkowo dopuszczenie przez Izbę dowodu niewskazanego przez stronę (art. 190 ust. 2 p.z.p.), natomiast nie wzrusza to faktu, że reguły procesowe sprecyzowane w ustawie p.z.p. w sposób wyraźny stawiają Krajową Izbę Odwoławczą w roli organu rozstrzygającego, związanego treścią środka ochrony prawnej inicjującego postępowanie, w tym nie tylko co do zakresu odwołania, ale również co do zarzutów, a więc wskazań odwołującego co do czynności jaką skarży i okoliczności faktycznych na których opiera swoje twierdzenie o jej niezgodności z przepisami ustawy, co jest substancją zarzutu.

Skoro zatem postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter skargowy, kontradiktoryjny i przedmiot danego postępowania nie może zostać rozszerzony po piśmie procesowym inicjującym postępowanie, żadna ze stron postępowania nie może oczekiwać podejmowania przez Izbę, z urzędu, czynności zmierzających do wykazania, lub co więcej – wyjaśnienia zakresu postępowania odwoławczego i przeprowadzania czynności śledczych, co jest przymiotem postępowania inkwizycyjnego.

Powyższe jest zwłaszcza aktualne, gdy weźmie się pod uwagę, że każdy z elementów konstrukcyjnych zarzutu musi zostać przez odwołującego zidentyfikowany – w pierwszej kolejności istotne są okoliczności faktyczne – to jest jaka czynność została dokonana lub jakiej czynności zamawiający zaniechał – a dalej, jakie okoliczności temu zachowaniu zamawiającego towarzyszące skutkują po stronie odwołującego przekonaniem o naruszeniu przepisów ustawy – i w dalszej kolejności – jakie to przepisy. Odwołujący nie

może ograniczyć się, formułując zarzuty, do ogólnych apeli, spekulacji czy hipotez w przedmiocie zachowania zamawiającego – musi wskazać, mając na względzie ogół ustawowego uregulowania postępowania odwoławczego, konkretnie jaki stan faktyczny zaistniał, przywołać dowody na poparcie swojej tezy, a następnie, z uwagi na dyspozycję art. 180 ust. 3 p.z.p., poddać ten stan subsumpcji pod prawidłowo ustalone i wyłożone przepisy ustawy, przy czym w tym ostatnim zakresie Izba, jako organ rozstrzygający, dokonuje własnej oceny po ustaleniu stanu faktycznego sprawy w oparciu o wyniki postępowania dowodowego. Nie jest możliwe wskazanie jedynie czynności zamawiającego i ograniczenie się do tezy, że naruszono przepisy ustawy – zarzut tak sformułowany w istocie nie zawiera bowiem żadnych okoliczności faktycznych, których istnienie mogłoby być przedmiotem dowodu (doznająca z uwagi na art. 180 ust. 3 p.z.p. pewnego ograniczenia na etapie formułowania środka ochrony prawnej, ale w dalszym ciągu aktualna na etapie orzekania zasada *da mihi factum dabo tibi ius*). Kwalifikacja prawna nie może stanowić również substytutu twierdzeń co do okoliczności faktycznych, formułując tezę o naruszeniu przepisów ustawy, odwołujący musi wskazać jak do tego naruszenia doszło, w przeciwnym wypadku jego twierdzenia pozostaną w sferze gołosłownej krytyki bez żadnego powiązania jej z konkretną sprawą.

Mając powyższe na uwadze należy również zauważyć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą co do zasady stawia naprzeciw siebie podmioty profesjonalne - zamawiających oraz przedsiębiorców realizujących zamówienia publiczne. W tym stanie od podmiotów tych należy oczekiwać należytej staranności w zakresie dbania o swój interes, które w zakresie istotnym dla rozpoznania niniejszej sprawy wyraża się w szczególności w pozyskaniu dowodów na okoliczności potencjalnych naruszeń prawa, a zwłaszcza zaistnienia czynności, w toku których te naruszenia miałyby nastąpić. Brak powyższego, siłą rzeczy, znacząco utrudnia, a może nawet uniemożliwić prawidłowe sformułowanie środka ochrony prawnej i wymierzenie go przeciw konkretnej czynności oraz konkretnym naruszeniom, które w jej toku zaistniały.

Uwagi powyższe są o tyle istotne, że już z samej treści odwołania wynika, że odwołujący takiej należytej, wymaganej w profesjonalnym obrocie staranności nie zachował i formułuje swoje zarzuty w zasadzie nie kierując dużej części z nich przeciw jasno określonym czynnościom zamawiającego i nie przywołując, a tym bardziej nie wykazując żadnych okoliczności faktycznych. W rzeczywistości, lektura zarzutów odwołania i ich zestawienie z okolicznościami faktycznymi wynikającymi z dokumentów zgromadzonych przez zamawiającego w aktach postępowania prowadzi do wniosku, że odwołujący formułuje w zasadzie skierowany do Krajowej Izby Odwoławczej apel o przeprowadzenie

inkwizycyjnego procesu o charakterze weryfikacyjno-kontrolnym i wykazanie, w zastępstwie odwołującego, czy postępowanie zamawiającego było prawidłowe.

W szczególności powyższe jest widoczne poprzez sformułowanie zarzutu oznaczonego przez odwołującego nr 13 - który został podniesiony przez odwołującego jako naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy w ww. wykonawca nie udzielił odpowiedzi na pytania zamawiającego zamieszczone w pkt 2, pkt 3.1 - pkt 3.9 wezwania zawartego w piśmie zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. lub też w sytuacji gdy poprzez udzielenie odpowiedzi na ww. pytania Sprint S.A. doprowadził do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, podczas gdy zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ - zarzut ten Izba oddaliła z racji braku wskazania przez odwołującego jakichkolwiek okoliczności faktycznych, a tym samym z racji braku wykazania wpływu zarzucanego zaniechania na wynik postępowania na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p.

Podniesiony przez odwołującego zarzut sprowadził się do „prośby” skierowanej do Izby „Odwołujący prosi o zwrócenie uwagi na okoliczność czy udzielone odpowiedzi stanowią wyczerpujące wyjaśnienie wszystkich wątpliwości Zamawiającego. Ponadto, Odwołujący zwraca uwagę na konieczność sprawdzenia czy poprzez złożone wyjaśnienia nie doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty lub też negocjacji jej treści.”

Takie sformułowanie zarzutu, jedynie formalnie w zgodzie z dyrektywą wynikającą z art. 180 ust. 3 p.z.p., należy w realiach sprawy ocenić jako zmierzające do uniknięcia wskazania w niektórych przypadkach co odwołujący kwestionuje, a w pozostałych – jakie konkretne naruszenia zarzuca zamawiającemu.

Powyższe uwagi zachowują aktualność co do wszystkich zarzutów odwołania, które zostały sformułowane w podobny sposób i pomimo, iż zawierały one wszystkie elementy wymagane przez przepisy ustawy p.z.p., w znaczącej części nie odnosiły się w istocie, co wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, do konkretnych okoliczności faktycznych na gruncie rozpoznawanej sprawy.

Tak sformułowanego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza nie mogła uwzględnić – w istocie można przepuszczać, że bardzo ogólne sformułowanie zarzutów w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika z chęci obejścia wskazania rozpoczęcia daty od której należy liczyć zawity dziesięciodniowy termin, o którym mowa w art. 183 ust. 1 p.z.p. – odwołujący bowiem unika wyraźnie wskazania, którą czynność zamawiającego w zakresie odmowy udostępnienia mu (i jakich konkretnie) dokumentów postępowania kwestionuje, choć z okoliczności sprawy wyraźnie wynika, iż czynności tych było kilka i dla

większości z nich termin zaskarżenia upłynął. (por. wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu, z 11.05.2015 r. sygn. akt I Ca 131/15). Odwołujący jednak, próbując uniknąć za wszelką cenę wskazania daty dokonanej czynności i jej zakresu, uniknął jednocześnie takiego sprecyzowania postawionych zarzutów, które umożliwiałyby w oparciu o zaofiarowane dowody (w zasadzie ograniczające się, wobec bierności odwołującego w tym zakresie, do akt postępowania) przyjęcie, że do spornej czynności w ogóle doszło – a tym bardziej, jaki miała ona zakres i czy miały w toku jej dokonywania miejsce zdarzenia, z którymi można byłoby powiązać twierdzenia odwołującego o naruszeniu przepisów ustawy.

Powyższe uwagi odnoszą się też zasadniczo do merytorycznej części zarzutów, które, co do zasady, oparto na nieaktualnym stanie sprawy. Odwołujący w tym zakresie podnosił już na rozprawie zarzuty co do braku udostępnienia mu dokumentacji pozwalającej na szersze sformułowanie tych zarzutów, ale w istocie nie przedstawił nawet przekonujących twierdzeń – a tym bardziej dowodów – na okoliczność tego, że taki dostęp mu uniemożliwiono. Pomimo, iż jak wynika z akt postępowania, odwołujący co najmniej trzykrotnie uzyskiwał dostęp do akt postępowania nie wskazał w odwołaniu które dokumenty, kiedy i w jakim zakresie uzyskał, a udostępnienia których mu odmówiono. Należy przy tym wyraźnie zauważyć, że w przypadku, w którym profesjonalny podmiot gospodarczy spotkałby się z takim zachowaniem zamawiającego, do jakiego, jak twierdzi odwołujący, doszło w niniejszej sprawie powinien on, przy zachowaniu minimalnej staranności, zmierzać do dokładnego wyjaśnienia i utrwalenia w aktach postępowania, a nawet w formie własnej adnotacji zakresu pozyskanych dokumentów, przy tym nie wykluczając zwrócenia się do zamawiającego z pismem zawierającym taką informację oraz prośbę o wskazanie zakresu i przyczyn odmowy udostępnienia pozostałej dokumentacji. Staranności tej odwołujący nie dochował, przypuszczalnie z uwagi na chęć uniknięcia udokumentowania rozpoczęcia biegu terminu do zaskarżania czynności zamawiającego. W ten sposób odwołujący co prawda uniknął odrzucenia odwołania w zakresie zarzutów, które mogłyby po osadzeniu kwestionowanych czynności zamawiającego w czasie zostać uznane za spóźnione zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 183 ust. 1 p.z.p., ale jednocześnie sam uniemożliwił sobie wykazanie jakie czynności, kiedy dokonane i czego dotyczące są przez niego kwestionowane. Należy przy tym zauważyć, że zamawiający nie rejestrując w rzeczywistości w żaden sposób zakresu udostępniania akt (czyniąc jedynie bardzo ogólne notatki o udostępnieniu „jakiejś” dokumentacji) doprowadził również do sytuacji, w której odrzucenie zarzutów dotyczących dokonanych przez niego czynności jako spóźnionych nie było możliwe, ponieważ w aktach postępowania nie znajduje się żaden dowód na okoliczność co konkretnie odwołującemu udostępniono, a czego nie. Wracając jednak na kanwie tej analizy do przywołanych powyżej zasad rozkładu ciężaru dowodu zaznaczyć należy, że ciężar udowodnienia tych faktów w kontrydiktoryjnym, skargowym procesie, spoczywał na

odwołującym i należy w sposób zdecydowany stwierdzić, że odwołujący temu ciężarowi nie sprostał.

W związku powyższym Izba została przez odwołującego zmuszona do dokonywania, co do każdego zarzutu odwołania, analizy w zakresie tego jaka czynność jest przez odwołującego kwestionowana i czy w rzeczywistości taka czynność zaistniała w postępowaniu (względnie – kiedy), a także, wobec braków w zakresie przywołania okoliczności faktycznych w zestawieniu z tokiem czynności w postępowaniu w treści formułowanych zarzutów, co w rzeczywistości odwołujący zamawiającemu zarzuca. Zarówno niska inicjatywa odwołującego w zakresie dbałości o swoje uprawnienia jak i bardzo swobodne podejście zamawiającego do rejestrowania toku czynności postępowania w aktach, skutkowały w niniejszym postępowaniu koniecznością odtworzenia przez Izbę, w ramach rozstrzygnięcia o konkretnych zarzutach, okoliczności istotnych i spornych z punktu widzenia przedmiotu rozpoznania, z uwzględnieniem zasad rozkładu ciężaru dowodu oraz formułowania zarzutów przywołanych powyżej.

Odwołujący każdy ze sformułowanych zarzutów oparł na naruszeniu przez zamawiającego naczelných zasad zamówień publicznych, tj. art. 7 ust. 1 p.z.p. w brzmieniu „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.” oraz art. 7 ust. 3 p.z.p. „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.” Umknęło przy tym uwadze odwołującego, że samo powołanie się w treści zarzutu na normę art. 7 p.z.p. nie jest wystarczające dla uznania takiego zarzutu za nadający się do rozpoznania. W odwołaniu brak jakiegokolwiek wykazania, a nawet wskazania w jaki sposób zamawiający przeprowadził postępowanie bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i na czym to naruszenie lub naruszenia mogłyby polegać, nie wskazano jaka czynność zamawiającego świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców, w jaki sposób doszło do naruszenia zasady proporcjonalności i z czego wynika brak zachowania przejrzystości w postępowaniu. Naczelne zasady postępowania w sprawach zamówień publicznych, podobnie jak w innych gałęziach prawa, stanowią pewne ogólne dyrektywy sformułowane przez ustawodawcę na potrzeby określenia celów, funkcji oraz systemowe osadzenie dalszych norm szczególnych, które stanowią ich konkretną realizację. Samo powołanie się na którąkolwiek z naczelných zasad, bez doprecyzowania w jaki sposób została ona naruszona, w jakim aspekcie (wyrażającym się w normie szczególnej, którą można poddać subsumpcji w konkretnej sytuacji) nie zasługują na aprobatę, tym bardziej że nie potwierdziła się żadna z okoliczności wskazanych w odwołaniu, uzasadniająca uwzględnienie któregośkolwiek z zarzutów.

Na kanwie powyższego wypadu zauważyć, że Izba, dokonując wykładni norm prawa zamówień publicznych, uwzględnia systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelných zasad p.z.p., które są dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm p.z.p. Nie zwalnia to jednak odwołującego z obowiązku wskazania okoliczności faktycznych, które uzasadniają w jego ocenie naruszenie nie tylko przepisu szczegółowego, jak to ma miejsce w postawionych w odwołaniu zarzutach naruszenia np. art. 9 ust. 2 p.z.p. czy art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., tożsamy obowiązek postawienia prawidłowo sformułowanego zarzutu dotyczy również normy art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. oraz wykazania związku pomiędzy czynnością lub zaniechaniem zamawiającego w konkretnych, wykazanych okolicznościach, a naruszeniem tejże dyrektywy ogólnej. Nie można przy tym przyjąć w sposób automatyczny, iż nawet jeżeli zachowanie zamawiającego mogło wystąpić przeciw którejkolwiek z norm p.z.p. to jednocześnie doszło do naruszenia naczelných zasad zamówień publicznych.

Zarzuty oznaczone nr 1 – 5, oddalone przez Izbę jako niezasadne, zostały oparte na naruszeniach tożsamyh norm, tj. art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z 8 ust. 1, 2 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k. Zatem, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., Izba wskazuje normy prawne, będące podstawą zapadłego rozstrzygnięcia, i o ile normy ogólne art. 7 p.z.p. zostały omówione powyżej, to Izba zaznacza, iż art. 8 ust. 1, 2 i 3 p.z.p., dotyczący zasady jawności, stanowi: "1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. 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. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu."

Podążając zatem za wykładnią językową art. 8 ust. 3 p.z.p. należy wskazać, że to po stronie zastrzegającego wykonawcy leży ciężar dowodu w zakresie nie uprawdopodobnienia, a wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 11 ust. 4 z.n.k.

Wskazany art. 11 ust. 4 z.n.k. definiuje jaka informacja może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa: "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."

Zatem aby dokonać skutecznego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca musi wykazać, że informacja spełnia wszystkie trzy elementy wspomnianej definicji, tj. że nie jest ujawniona do wiadomości publicznej, że ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, który dotyczy przedsiębiorstwa zastrzegającego lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą, a także udowodnić środkami adekwatnymi do treści informacji, iż podjął niezbędne działania w celu zachowania tej informacji w poufności, zaś na zamawiającym ciąży obowiązek ujawnienia nieprawidłowo lub sprzecznie z prawem zastrzeżonej informacji. Art. 8 ust. 3 p.z.p. wprost bowiem wskazuje na to, na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem ujawnienia informacji, wadliwie lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych, spoczywającym na zamawiającym.

Jeżeli zastrzegający nie wykaże, że informacja ta w istocie spełnia definicję art. 11 ust. 4 z.n.k. zamawiający nie może odmówić jej ujawnienia. Należy przy tym wskazać, że Ustawodawca stanął w przypadku tej regulacji na słusznym stanowisku, iż absolutnym minimum, którego można wymagać od profesjonalnego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą jest podejmowanie działań w celu zachowania informacji w poufności nie tylko w obrocie prywatnym, ale również publicznym – gdyby bowiem "poprzeczka" ciężaru udowodnienia zasadności zastrzeżenia nie była tak postawiona, w istocie wymagano by od ubiegającego się o zamówienie mniejszej staranności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia niż wymaga się w jakichkolwiek innych okolicznościach.

Ponadto, uwzględnienie każdego z zarzutów odwołania, również dotyczących wadliwego, w ocenie odwołującego, zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wymaga na kanwie brzmienia art. 192 ust. 2 p.z.p., wykazania, iż uwzględnienie zarzutu stawianego wobec zaniechania odtajnienia konkretnego z dokumentów, miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czego odwołujący w zakresie zarzutów nr 3 i 5 nie wykazał w sposób skuteczny, zaś w zarzutach nr 1, 2 i 4 pominął jakikolwiek wywód w tym zakresie, co zostało szczegółowo poddane ocenie poniżej.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 p.z.p. „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.” Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku sygn. akt: XIII Ga 1094/16, „art. 192 ust 2 p.z.p. *de iure* wyznacza dodatkową przesłankę materialnoprawą odwołania – aby odwołanie mogło być uwzględnione naruszenie przepisów ustawy daną czynnością zamawiającego poprzez zaniechanie

czynności obowiązkowej musiało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”. Zatem do naruszenia zatem musi nie tylko dojść, ale musi mieć ono możliwy do stwierdzenia wpływ na bieg postępowania – w braku tego wpływu, lub możliwej do stwierdzenia możliwości jego wystąpienia, zarzut, pomimo, iż okoliczności faktyczne stanowiące jego podstawę zostaną wykazane, nie odniesie skutku rozumianego jako doprowadzenie do korzystnego dla odwołującego rozstrzygnięcia.

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku z 29.07.16 w sprawie sygn. akt: KIO 1270/16, KIO 1274/16, w którym wskazano, iż „Wynikiem postępowania, o którym mowa w przepisie jest podjęte z zachowaniem ustalonych zasad, rozstrzygnięcie będące następstwem prawidłowo przeprowadzonych przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Koncepcja wyniku postępowania przyjęta przez Izbę odnosi się do zgodnego z p.z.p. zakończenia postępowania, a nie wyniku obarczonego wadą. W ocenie składu orzekającego taki sposób rozumienia normy zawartej w art. 192 ust. 2 Ustawy umożliwia uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie przepisów Ustawy uniemożliwia prawidłowe ustalenie wyniku postępowania, i wskazuje na konieczność korekty czynności podjętych w postępowaniu poprzez, np. ich unieważnienie lub przeprowadzenie czynności zaniechanych, a koniecznych dla poprawnej oceny ofert. Jeżeli naruszenie przepisów Ustawy, do jakich dopuścił się zamawiający w toku postępowania ostatecznie, nie doprowadziło do nieprawidłowej decyzji, tu o wyborze oferty najkorzystniejszej, to nie zachodzi konieczność powtórzenia czynności mających na celu ustalenie prawidłowego wyniku postępowania.”.

Wobec powyższego odtajnienie objętych treścią zaskarżenia dokumentów musiałoby mieć wpływ na wynik postępowania, czego odwołujący, co wyjaśniono dalej, nie wykazał.

Odnosząc się szczegółowo do każdego z zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnicą przedsiębiorstwa Izba stwierdziła jak niżej.

Dokonując analizy postawionych zarzutów oznaczonych jako nr 1 i 2, Izba na wstępie zwraca uwagę, że nie precyzują one jaka czynność zamawiającego jest przez odwołującego kwestionowana – co na kanwie niniejszej sprawy jest istotne, ponieważ z akt postępowania wynika, że odwołujący kilkakrotnie zapoznawał się z dokumentacją. Odwołujący nie wskazuje również, co stanowi przedmiot jego zarzutu, w tym nie wskazuje jego podstaw faktycznych i nie formułuje twierdzeń w tym zakresie. Podnosząc obszerny wywód w zakresie zasad zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dalszy plan zesła kwestia co odwołujący rozumie pod sformułowaniem „błędne przyjęcie” przez zamawiającego ww. zastrzeżenia.

Odwołując się do przybliżonych powyżej aspektów zasad prawidłowego formułowania zarzutów w postępowaniu odwoławczym na gruncie ustawy p.z.p. oraz braku możliwości zastąpienia okoliczności faktycznych formułą ograniczenia się do wskazania jedynie przepisów prawa, jakie w odczuciu odwołującego zostały naruszone należy zatem stwierdzić, że odwołujący w zakresie tak sformułowanych zarzutów nie wykazał ani tego jaką czynność kwestionuje i w realiach niniejszej sprawy nie sposób tego domniemywać, ani, że do tej czynności w istocie doszło, ani również nie wskazał, w czym miałyby przejawiać się jej sprzeczność z przepisami ustawy. Odwołujący, formułując wzorzec prawidłowego postępowania zamawiającego w generalnej sytuacji postępowania z danymi stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa odstąpił od podniesienia twierdzeń czy sformułowania zarzutów w odniesieniu do stanu faktycznego występującego w niniejszej sprawie – nie wykazał, ani nawet nie podniósł twierdzeń co do okoliczności faktycznych, które mogłyby skutkować oceną, że tajemnica przedsiębiorstwa nie została skutecznie zastrzeżona. Domniemywać można jedynie, że tak ogólnikowe sformułowanie zarzutu i odstąpienie od wskazania na jakiegokolwiek okoliczności faktyczne jego dotyczące miało na celu uniknięcie przyznania, iż zarzut ten jest spóźniony, bowiem dotyczył on czynności zamawiającego dokonanej na wczesnym etapie postępowania, która mogła polegać, czego analizowany zarzut już nie dotyczył, na nie przedstawieniu odwołującemu, jak wynika z akt postępowania – jawnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie wykazał jednak ani okoliczności, że o udostępnienie tego dokumentu do zamawiającego się zwrócił, ani też, że go nie otrzymał.

Nie odniósł skutku zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k., poprzez błędne przyjęcie, że w piśmie mającym stanowić uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji udowodniono, iż wszystkie informacje zawarte w ofercie, a zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. wykazał wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 z.n.k., w tym zamawiający ma obowiązek po pierwsze rzetelnie zbadać takie pismo, po drugie ma obowiązek umożliwić innym wykonawcom weryfikację skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle przesłanek art. 11 ust. 4 z.n.k., a w konsekwencji takie pismo nie powinno być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zamawiający powinien ujawnić treść pisma zawierającego treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na fakt, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, oznaczony przez odwołującego nr 1, który został przez Izbę oddalony.

Izba zweryfikowała dokument uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty przystępującego i, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie znajduje się tam wyłącznie orzecznictwo, zatem argument ten jest chybiony – orzecznictwo zostało potraktowane jako subsydiarny element dopełniający twierdzenia przystępującego. Nie znalazło również potwierdzenia, w treści rzeczowego uzasadnienia, twierdzenie odwołującego, iż uzasadnienie zostało sporządzone w sposób ogólny i lakoniczny, przystępujący wskazał na przesłanki wynikające z art. 11 ust 4 z.n.k. w korelacji z informacjami, które zastrzegł.

Wskazać należy, iż zarzut odwołującego zmierza do przesądzenia, co do zasady, czy treść uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa może być zastrzeżona, odwołujący nie stawia jednak w tym zakresie żadnych konkretnych zarzutów przez pryzmat których przedmiotowe uzasadnienie można byłoby ocenić.

Faktem jednak pozostaje, że wykonawca Sprint S.A. nie wykazał, że informacje wskazane w uzasadnieniu istotne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż nie przedłożono na tę okoliczność żadnego dowodu, pozostając przy oświadczeniach wykonawcy. Zamawiający nieprawidłowo przyjął, w oparciu o same twierdzenia wykonawcy, że jest on zobowiązany do zachowania rzeczonych informacji w tajemnicy i że posiadają one istotną wartość gospodarczą. Zachowanie zamawiającego okazało się zatem nieuzasadnione, tym bardziej, że zastrzeżenie informacji nie zostało powiązane z jakimikolwiek środkami dowodowymi, wskazującymi na chociażby minimalną staranności wykonawcy w zakresie ich skutecznego zastrzeżenia.

Powyższe jednak pozostaje bez żadnego wpływu na bieg postępowania z uwagi na fakt, że na etapie wyboru zamawiający prawidłowo ocenił ofertę przystępującego i brak ujawnienia nieprawidłowo zastrzeżonych informacji nie wpłynął w żaden sposób na sferę praw i obowiązków pozostałych uczestników postępowania. Odwołujący nie wykazał, że zaniechanie odtajnienia przedmiotowego uzasadnienia miało lub ma istotny wpływ na wynik postępowania, co z uwagi na treść art. 192 ust. 2 p.z.p. spowodowało brak możliwości uwzględnienia tak sformułowanego zarzutu. Samo stwierdzenie odwołującego, iż ograniczono mu prawo kontroli – bez jakiegokolwiek powiązania z realnym wpływem na wybór oferty przystępującego, w sposób oczywisty nie wypełnia wymogów art. 192 ust. 2 p.z.p. i nie może doprowadzić do przyjęcia wpływu naruszenia na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe zarzut został przez Izbę oddalony jako bezpodstawny.

Izba oddaliła także zarzut oznaczony nr 2, podniesiony jako naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k., poprzez błędne przyjęcie, że „informacje zawarte w złożonym przez Sprint S.A. piśmie mającym stanowić uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do podwykonawców udostępniających swoje zasoby zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (o ile uzasadnienie takie zostało złożone) i zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. wykazał wszystkie przesłanki uznania informacji zawartych w piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do podwykonawców udostępniających swoje zasoby za tajemnice przedsiębiorstwa, jak również zweryfikowania czy zastrzeżone w ww. piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., a w konsekwencji zamawiający powinien ujawnić pismo zawierające treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na fakt, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym bardziej, że odwołujący od lat działa na tym rynku i zna wszystkich konkurentów, gdyż przedmiot zamówienia jest bardzo specyficzny, więc i krąg wykonawców jest znany. Ponadto partner technologiczny odwołującego (Schröder Polska Sp. z o.o.) współpracuje ze wszystkimi podmiotami wykonującymi w kraju tak charakterystyczny przedmiot zamówienia”.

Na wstępie wskazać należy, iż sformułowana w oszczędny sposób argumentacja odwołującego również nie zawiera wykazania, czy chociażby wskazania w jaki sposób możliwe naruszenia prawa przez zamawiającego związane jest z wpływem na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący poddał w wątpliwość fakt przedłożenia uzasadnienia, które – jeżeli zostało złożone – „to oczywistym jest, iż Sprint S.A. nie sprostął obowiązkowi wykazania art. 8 ust. 3 p.z.p.”, następnie wskazano, że pozostaje aktualna argumentacja w pkt ad 1 powyżej. Tak sformułowany zarzut nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności na poparcie swoich twierdzeń, które Izba mogłaby skonfrontować z treścią uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś wyłączone wskazanie podstawy prawnej, bez okoliczności faktycznych, *a priori* uniemożliwiło Izbie zweryfikowanie, a następnie ocenienie i ewentualne uwzględnienie tak sformułowanego zarzutu. Wydaje się, iż odwołujący ponownie zmierzał do kwestionowania zasady, czy dokument uzasadnienia może być objęty tajemnicą wynikającą

z art. 11 ust. 4 p.z.p., bez dokonania oceny czy treść konkretnego uzasadnienia – przedłożonego przez przystępującego, taką tajemnicę może stanowić.

Wskazać jednak należy, iż podobnie jak w przypadku zarzutu nr 1, wykonawca Sprint S.A. nie wykazał, że informacje będące uzasadnieniem winny być objęte ochroną wynikającą z tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący zaniechał przedłożenia środków dowodowych – Izba stwierdziła, że brak jest wykazania klauzuli, na którą powoływał się odwołujący w dokumencie wskazanym na karcie 407 dokumentacji postępowania, a zatem brak również dowodu na okoliczność, iż rzeczony informacja taką tajemnicę stanowią. Wobec powyższego zamawiający w sposób niezasadny zaniechał odtajnienia dokumentu uzasadnienia i nieprawidłowo przyjął, w oparciu o same twierdzenia wykonawcy, że jest on zobowiązany do zachowania rzeczonych informacji w tajemnicy i że posiadają one realną wartość gospodarczą. Zachowanie to doprowadziło do usankcjonowania obejścia przez wykonawcę Sprint S.A. przepisów ustawy poprzez brak zaoferowania jakichkolwiek dowodów na okoliczność prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i z uwagi już na ten fakt stanowiło niewątpliwie naruszenie prawa. W konsekwencji, zachowanie zamawiającego objęte zarzutem było nieuzasadnione i naruszyło naczelną zasadę jawności postępowania wyrażoną w art. 8 ust. 1 p.z.p., przy braku wykazania przez przystępującego spełnienia przesłanek o których mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k.

Zaniechanie zamawiającego pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania, ze względu na fakt, że zamawiający prawidłowo ocenił ofertę przystępującego, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Zatem brak ujawnienia przedmiotowego dokumentu nie wpływa na prawa i obowiązki pozostałych uczestników postępowania przez pryzmat jego wyniku i na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p. nie może być podstawą do uwzględnienia zarzutu. Jak już zaznaczono powyżej, odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, iż zaniechanie zamawiającego ma lub może mieć istotny wpływ na wybór oferty. W odwołaniu brak jest twierdzeń w tym zakresie, co spowodowało oddalenie rozpoznawanego zarzutu, z powodu braku wykazania jego zasadności przez odwołującego.

Zarzut oznaczony nr 3 również nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony. Odwołujący sformułował zarzut nr 3 wskazując na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k, poprzez błędne przyjęcie, że informacje zawarte w złożonych przez wykonawcę Sprint S.A. dokumentach odnoszących się do podwykonawców udostępniających zasoby temu wykonawcy (m.in. dane tych podmiotu, zobowiązania do udostępniania zasobów, formularze Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, wykaz dostaw wraz z dokumentami mającymi potwierdzać ich należyte wykonanie, wykaz osób, zakres

podwykonawstwa) zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k, podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. wykazał wszystkie przesłanki uznania ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również zweryfikowania czy zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k. oraz w konsekwencji powinien ujawnić treści informacji odnoszących się do podwykonawców udostępniających swoje zasoby, z uwagi na fakt, że Sprint S.A. nie udowodnił w świetle art. 8 ust. 3 p.z.p., że zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym dane i dokumenty odnoszące się do podmiotu trzeciego na zasobach, którego polega ww. wykonawca nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na względzie uwagi dotyczące poprzednich zarzutów wskazać należy, że zarzut ten zawiera co prawda twierdzenie o sprzeczności czynności zamawiającego z przepisami ustawy, ale nie precyzuje na czym ta sprzeczność miałaby w okolicznościach niniejszej sprawy polegać – prawidłowo sformułowaną podstawę faktyczną zarzutu w tym zakresie zastąpiły kierowane do Izby apele o ustalenie we własnym zakresie stanu faktycznego sprawy oraz, jak należy przypuszczać, uzasadnienie podniesionego zarzutu i jego wykazanie w zastępstwie odwołującego.

Izba stwierdziła, iż część treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji dotyczących podwykonawców została skorelowana z przesłankami art. 11 ust. 4 z.n.k. w sposób prawidłowy. Wywód przystępującego mógłby zostać uznany za częściowo poprawny, jednakże w tym przypadku również przystępujący nie wykazał, co wymagane jest treścią art. 8 ust. 3 p.z.p., iż zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę stanowią. Przystępujący co prawda wskazał jakie to czynności podjął celem skutecznego utajnienia informacji, jednakże wobec ich treści, zasadnym jest ich wykazanie chociażby poprzez stosowne dokumenty (m.in. poprzez dokument z treścią klauzuli o której mowa na karcie 407 dokumentacji), zatem wobec braku wykazania jakimkolwiek środkiem dowodowym okoliczności z kart 408 – 409 dokumentacji postępowania, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa pozostało nieskuteczne. Tym samym nie znalazło potwierdzenia twierdzenie odwołującego o braku szczegółowości uzasadnienia, przy jego ogólnym charakterze, bowiem uzasadnienie w swojej treści odnosi się do przesłanek art. 11 ust. 4 p.z.p. – jedynym, choć materialnie niezwykle istotnym brakiem uzasadnienia jest niewykazanie przez przystępującego okoliczności w piśmie zawartych.

Izba oceniła zaniechanie zamawiającego odtajnienia wadliwie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przez pryzmat art. 192 ust. 2 p.z.p., wobec twierdzeń podnoszonych w tym zakresie przez odwołującego, który wskazał iż „poprzez niezasadne

uznanie powyższych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiający uniemożliwił odwołującemu zweryfikowanie czy wykonawca wykazał realne dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego oraz czy spełnia warunków udziału w postępowaniu, czy podał w tym obszarze prawdziwe informacje. Tym bardziej, że jak wynika z pisma zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. wzywał on Sprint S.A. do wyjaśnień w ww. zakresie, co tym bardziej budzi uzasadnione wątpliwości czy ww. Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.”, co w ocenie odwołującego świadczy o istotnym wpływie na wynik postępowania, jednakże z takim twierdzeniem nie można się zgodzić.

Wpływ na wynik postępowania lub możliwość takiego wpływu Izba, mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p. oraz 191 ust. 2 p.z.p., musi rozpatrywać z perspektywy podejmowanego orzeczenia. Gdyby zatem odwołujący wcześniej dochował staranności w zakresie pozyskiwania informacji i zaskarżył sposób procedowania zamawiającego z tajemnicą przedsiębiorstwa, to wówczas z tamtej perspektywy, argumenty podniesione w odwołaniu mogłyby hipotetycznie zostać uznane za uzasadnione, ponieważ nie było jeszcze wiadomo, czy oferty zostały prawidłowo ocenione. W chwili jednak obecnej, gdy wybór został już dokonany, a Izba orzeka co do jego prawidłowości, hipotetyczny wpływ na teoretyczną możliwość formułowania zarzutów odwołania nie może być utożsamiany z istotnym wpływem na wynik postępowania – a to wpływ na ten wynik Izba, z uwagi na treść przepisów prawa, bierze pod uwagę. W konsekwencji powyższych wywodów Izba stwierdziła, iż okoliczności którym odwołujący przypisuje możliwość wpływu na wynik postępowania w chwili obecnej takiego wpływu nie mają i mieć nie mogą.

Na marginesie można jedynie zauważyć, że odwołujący samodzielnie pozbawił się możliwości skutecznego korzystania z instrumentów kontrolnych (niezależnie od ich wpływu na wynik postępowania z perspektywy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej) poprzez zaniechanie pozyskania odmowy dostępu do konkretnych złożonych przez wykonawcę Sprint S.A. dokumentów i zaskarżenie tej czynności przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Zatem na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p. zarzut oznaczony nr 3 Izba oddaliła jako bezzasadny.

Zarzuty nr 4 i 5 również okazały się bezpodstawne i jako takie zostały przez Izbę oddalone.

Odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k, poprzez błędne przyjęcie, że informacje zawarte w złożonym przez Sprint S.A. piśmie mającym stanowić uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do wyjaśnień dla pkt 2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 stanowiących odpowiedź na wezwanie

zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. (o ile w ogóle takie pismo zostało złożone) zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. wykazał wszystkie przesłanki uznania informacji zawartych w piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do wyjaśnień we wskazanym powyżej zakresie, o ile przedmiotowe uzasadnienie zostało przedłożone, jak również zweryfikowania czy zastrzeżone w ww. piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., a w konsekwencji zamawiający powinien ujawnić pismo zawierające treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli pismo takie zostało przedłożone, z uwagi na fakt, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, oznaczonego jako zarzut nr 4.

Nie potwierdził się również zarzut nr 5 sformułowany jako naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 z.n.k, poprzez błędne przyjęcie, że informacje zawarte w złożonych przez wykonawcę Sprint S.A. wyjaśnieniach dla pkt 2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 4 grudnia 2017 r. zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Sprint S.A. dołączył uzasadnienie zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazał wszystkie przesłanki uznania ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również zweryfikowania czy zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k., oraz w konsekwencji zamawiający powinien ujawnić treści informacji odnoszących się do ww. wyjaśnień z uwagi na fakt, że Sprint S.A. nie udowodnił w świetle art. 8 ust. 3 p.z.p., że zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym dane i dokumenty odnoszące się do rzeczonych wyjaśnień nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w szczególności w sytuacji, gdy przedmiotowe informacje będące podstawą do dalszych wyjaśnień nie zostały pierwotnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba zweryfikowała uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa przedłożonych przez przystępującego wyjaśnień, będących jego odpowiedzią, na pismo zamawiającego z dnia 04.12.2017 r.

Zarzut nr 4 podobnie jak wcześniejsze, odnoszące się do objęcia tajemnicą dokumentu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie zawiera okoliczności przez pryzmat których przedmiotowe uzasadnienie można byłoby ocenić, a tym samym zmierza do przesądzenia, co do zasady, czy treść uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa może być zastrzeżona, bez wskazania okoliczności na poparcie swoich twierdzeń, które Izba mogłaby skonfrontować z treścią uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący poprzestał na wskazaniu podstawy prawnej, bez okoliczności faktycznych, co uniemożliwiło Izbie zweryfikowanie, a następnie ocenienie i ewentualne uwzględnienie w taki sposób sformułowanego zarzutu.

Ponadto odwołujący formułując zarzut nr 4 odwołania całkowicie pominął jakiegokolwiek twierdzenia co do wpływu na wynik postępowania zarzucanego zaniechania zamawiającego, zatem wobec braku chociażby wskazania w tym zakresie, Izba stwierdziła, iż zarzut należało oddalić jako bezpodstawny z uwagi na treść art. 192 ust. 2 p.z.p.

Dodatkowo Izba stwierdziła, iż powyższy zarzut nie mógł zostać uznany za uzasadniony, w świetle treści wyjaśnień, oraz po zestawieniu ich z oceną wywołaną dalszymi zarzutami odwołania - co do zgodności oferowanego przez wykonawcę Sprint S.A., przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego - bowiem nie sposób jest przyjąć, że naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego miało w tym wypadku jakiegokolwiek wpływ na bieg postępowania. W istocie, bezkrytyczne przyjmowanie przez zamawiającego nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym wypadku, jakkolwiek nie zasługujące na aprobatę i sprzeczne z przepisami ustawy, nie doprowadziło do zaburzenia wyniku postępowania – oferta wybranego wykonawcy w dalszym ciągu została uznana za najkorzystniejszą.

Zatem wywód izby dotyczący obowiązku odwołującego wykazania również - zgodnie z art. 192 ust. 2 p.z.p. - wpływu zaniechania zamawiającego na wynik postępowania, wskazany w uzasadnieniu oddalenia zarzutów nr 1, 2 i 3, co do zarzutu nr 4 jest aktualny i znajduje również tutaj zastosowanie.

Mając na uwadze wcześniejsze wywody w przedmiocie sformułowanych przez odwołującego zarzutów w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Sprint S.A., wskazać należy, że w zasadzie jako jedyny, zarzut nr 5 precyzuje okoliczności faktyczne stanowiące jego podstawę. Odwołujący co prawda nie wskazał kiedy czynność zamawiającego miała miejsce ani nie wykazał, że dokumentów tych w rzeczywistości mu nie udostępniono, ale w tym zakresie wyręczył go zamawiający wskazując, że w istocie treść wyjaśnień nie została odwołującemu udostępniona po dokonaniu czynności wyboru oferty.

Treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa przedłożonych przez przystępującego wyjaśnień 7.12.2017 r. i 14.12.2017 r. wskazuje, iż ponownie przystępujący

nie wykazał, iż informacje tam zawarte taką tajemnicę stanowią, bowiem nie przedłożono na tę okoliczność żadnego dowodu, pozostając przy oświadczeniach wykonawcy. Zamawiający nieprawidłowo przyjął, w oparciu o same twierdzenia wykonawcy, że jest on zobowiązany do zachowania rzeczonych informacji w tajemnicy i że posiadają one wartość wskazaną w art. 11 ust. 4 z.n.k. Zachowanie zamawiającego jest nieuzasadnione, tym bardziej, że zastrzeżenie informacji nie zostało powiązane z jakimikolwiek środkami dowodowymi, wskazującymi na chociażby minimalną staranności wykonawcy w zakresie ich skutecznego zastrzeżenia. Ponadto słusznie wskazał odwołujący, iż treść wyjaśnień dotyczy dokumentów jawnych m.in. kart katalogowych i badań fotometrycznych, w związku z czym w tym zakresie sam przystępujący dane te ujawnił.

Tym niemniej Izba zweryfikowała twierdzenia odwołującego w zakresie zarzutu nr 5 przez pryzmat art. 192 ust. 2 p.z.p. warunkującego uwzględnienie zarzutów odwołania. Odwołujący wskazał, iż „zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Sprint S.A. odnoszących się do pkt 2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 zawartych w piśmie ww. wykonawcy z dnia 7 grudnia 2017 r. stanowi wyłącznie o próbie uniemożliwienia konkurencji zweryfikowania prawidłowości przedstawionych przez niego wyjaśnień, względnie czy nie doszło do próby negocjacji, wreszcie czy dane w tym dokumencie zawarte są po prostu prawdziwe”.

Mając na uwadze wcześniejszy wywód, w szczególności wskazany w uzasadnieniu oddalenia zarzutu nr 3, który tutaj również ma zastosowanie, w przedmiocie rozpatrywania wpływu na wynik postępowania z perspektywy art. 192 ust. 2 p.z.p. i art. 191 ust. 2 p.z.p., wskazać należy, iż podnoszone przez odwołującego twierdzenia pozbawione są zasadności w świetle możliwości wykazania wpływu ich ewentualnej zasadności na wynik postępowania. To mając na uwadze, stwierdzić należy, iż istotnie zamawiający nieprawidłowo przyjął zastrzeżenie wyjaśnień wykonawcy Sprint S.A. W chwili obecnej, gdy znane są już wszystkie okoliczności dotyczące zgodności oferty przystępującego z SIWZ, bez wpływu na wynik postępowania pozostaje fakt, iż odwołujący nie mógł ich zweryfikować. Wskazać ponownie należy, że wpływ na wynik postępowania musi mieć charakter rzeczywisty, tj. naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego ma doprowadzić lub chociażby móc doprowadzić do odkształcenia treści zaskarżonej czynności. Na obecnym etapie jasne jest, że nawet ujawnienie wyjaśnień wykonawcy Sprint S.A. nie doprowadzi ani nie mogłoby doprowadzić do zmiany wyniku postępowania. Ponad powyższe, odwołujący nie stawia działaniu zamawiającego konkretnych zarzutów i w istocie okoliczności podniesione jako podstawa faktyczna, które miałyby uzasadniać tezy odwołania w tym zakresie oparte są wyłącznie na podważaniu bez żadnych konkretnych przyczyn dobrej wiary zamawiającego i wynikają z przekonania odwołującego, że zamawiający nie jest w stanie samodzielnie dokonać oceny zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ. Taki brak po stronie zamawiającego, jak wynika z okoliczności ustalonych w toku postępowania odwoławczego,

nie wystąpił. Mając powyższe na względzie, Izba nie mogła uwzględnić wskazanego zarzutu z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 p.z.p.

W konsekwencji powyższego zarzuty nr 4 i 5 zostały przez Izbę oddalone.

Zarzuty oznaczone przez odwołującego nr od 6 do 13 zostały oparte na wskazaniu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Zatem przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.” - tj. „zamawiający poprawie w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.”.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie Sądów Okręgowych i Izby. Podsumowując zawarte tam interpretacje normy wynikającej z art. 89 ust.1 pkt 2 p.z.p. 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 p.z.p. Rzeczona niezgodność dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w SIWZ oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź 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 zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści merytorycznej oferty, a nie wymagania co do jej formy. Tym niemniej zawsze należy wykazać na czym konkretnie ta niezgodność polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia, ewentualnie również z uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami i wyjaśnieniami zamawiającego.

Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, podzielając stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków

zmienić ani od nich odstąpić. Natomiast powyższe warunki winny być interpretowane w miarę możliwości literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu i przez ograniczenie uznaniowości zamawiającego warunek realizacji zasady równego traktowania wykonawców, wyrażony w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu. Zaś zastosowanie przez zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., kiedy już wykazano jej niezgodność z klarownie określoną treścią SIWZ, możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ, na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu, lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (por. wyrok KIO z 23.09.15 r., sygn. akt KIO 1974/17).

Zaznaczyć również należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli, jeśli jest ono niejednoznaczne – instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 p.z.p., a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści SIWZ – instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., zaś art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 p.z.p. obliuguje zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona bowiem ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia (*vide* wyrok KIO z 01.08.2017 r. sygn. akt KIO 1463/17).

Ponadto, o ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z SIWZ (tak m.in. wyroki Izby z 03.04.2012 r. sygn. akt KIO 556/12, z 09.11.2012 r. sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12 z 22.11.2012 r. sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13, z 10.06.2013 r. sygn. akt KIO 1266/13, z 01.08.2017 r. sygn. akt KIO 1463/17) – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia, co do oferowanego przedmiotu, w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, gdyż zastosowanie instrumentów wynikających z ustawy prawo zamówień publicznych, wskazanych powyżej, możliwe jest wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat

załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Zatem samo wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w swej treści wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., więc odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru (*vide* wyrok KIO z 26.07.2017 r. sygn. akt KIO 1402/17). Przenosząc powyższe rozważania na kanwę poszczególnych zarzutów Izba stwierdziła, iż w żadnym z podniesionych przez odwołującego zarzutów, dotyczących art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w korelacji z brzmieniem SIWZ (zarzuty od nr 6 do nr 13), odwołujący takiej niezgodności nie wykazał.

Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 9 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 p.z.p. w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania Sprint S.A. do uzupełnienia oryginalnych wersji językowych tłumaczeń na język polski dokumentów potwierdzających dane techniczne i właściwości opraw, jaki i tłumaczeń na język polski dokumentów potwierdzających dane techniczne i właściwości opraw, które zostały przedłożone w języku angielskim (szczegółowo opisane w treści uzasadnienia), podczas gdy postępowanie prowadzi się w języku polskim, a zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów źródłowych w oryginalnej wersji językowej oraz dokumentów złożonych w innym języku niż język polski, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości zweryfikowania czy oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami zamawiającego – oznaczony jako nr 6 w odwołaniu, z powodu braku uzasadnionych podstaw nie został przez Izbę uwzględniony.

Zgodnie z art. 9 ust. 2 p.z.p. o treści: „Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim.”, zatem zasadą jest obowiązek posługiwania się językiem polskim. Wyjątek od zasady wskazuje art. 9 ust. 3 p.z.p. „W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.”, jednakże w stanowiącym przedmiot rozpoznania postępowaniu zamawiający takiej zgody nie wyraził. W rozdziale V pkt 8.11 SIWZ wskazano, iż „11. Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.” Zaś art. 26 ust. 3 p.z.p. stanowi: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub

dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”

Odwołujący podniósł, że wykonawca Sprint S.A. dołączył do pisma z dnia 31 października 2017 r. następujące dokumenty sporządzone w języku obcym bez tłumaczenia na język polski:

- a) Strona 33 pisma Sprint S.A. z dnia 31 października 2017 r.,
- b) Licence No 088/ENCE/13 - strony 111 - 118 ww. pisma,
- c) Licence No ENCE/000990 - strony 128-130 ww. pisma,
- d) ENCE Certificate Ref. No 059/ENCE/12-strony 139- 146 ww. pisma,
- e) Licence 075/ENCE/12 - strony 147-152 ww. pisma.

a także trzy dokumenty stanowiące wyłącznie tłumaczenia na język polski, bez oryginalnej wersji językowej z jakiej zostało sporządzone przedmiotowe tłumaczenie: Licencja nr 0122/ENEC/16/M1 (strony 119 - 124 pisma Sprint S.A. z dnia 31 października 2017 r.), Deklaracja zgodności WE z dnia 19 września 2016 r. (strony 105 - 107 ww. pisma) i Licencja ENCE/00952 (strony 131 - 132 ww. pisma).

Izba stwierdziła, iż w ustalonym stanie sprawy nie znalazło odzwierciedlenia twierdzenie odwołującego, że powyższe dokumenty potwierdzały dane techniczne i właściwości opraw.

Żaden z powyższych dokumentów nie wyczerpuje definicji znajdującej się w pkt 6.1 rozdziału V SIWZ, będącego wykazem oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego (tj. okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p.). Zatem żaden z powyższych dokumentów nie zalicza się do wymaganych przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń, potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., które wykonawcy winni przedłożyć aby potwierdzić, że oferowane przez nich produkty są zgodne z wymaganiami zamawiającego, co w konsekwencji skutkuje nieprawidłowym twierdzeniem odwołującego, że zamawiający miał ustawowy obowiązek żądać ich uzupełnienia na mocy art. 26 ust. 3 p.z.p.

Tak zakreślony zarzut należy uznać za niezasadny – w istocie odwołujący nie wykazał, ani nawet nie potwierdził, że dokumenty, o których twierdzi, że miały istotny wpływ na badanie oferty przez pryzmat pkt V.6.1. SIWZ, były wykorzystane przez zamawiającego do podjęcia jakichkolwiek istotnych dla wyniku postępowania ustaleń. Zamawiający

zaprzeczył tej okoliczności wskazując, że ich nie badał, ponieważ na okoliczność spełnienia wymogów zamawiającego, co do przedmiotu zamówienia przystępujący przedłożono inne dokumenty - zgodne z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w treści SIWZ.

Zatem twierdzenia odwołującego, iż zamawiający badał na podstawie obcojęzycznych dokumentów treść oferty przystępującego nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym, gdyż po pierwsze nie są wymagane zapisami SIWZ, a po drugie odwołujący nie wykazał żeby w jakikolwiek sposób zamawiający przedmiotowe dokumenty badał czy oceniał. Na marginesie można też wskazać, że odwołujący nawet nie wykazał, z którymi modelami oprav zaoferowanych przez przystępującego certyfikaty te mogłyby być związane. Ponadto spekulacjom odwołującego, iż wpływ na badanie oferty przystępującego miały brak tłumaczenia na język polski wyżej wskazanych dokumentów czy brak posiadania oryginałów przedłożonych tłumaczeń, zamawiający zaprzeczył, zaś odwołujący nie był w stanie wskazać jakie to parametry czy cechy techniczne przedmiotu oferty przystępującego były na podstawie ośmiu wadliwych, w ocenie odwołującego, dokumentów badane, a przede wszystkim, jak ostatecznie nieprzetłumaczone dokumenty wpłynęły na sam wynik badania treści oferty przystępującego. Zatem odwołujący nie wykazał, iż brak tłumaczenia powyższych dokumentów, które w ustalonym stanie faktycznym nie wyczerpują definicji dokumentów z art. 25 ust. 1 p.z.p., czy też brak oryginałów, miał lub mógł mieć jakikolwiek wpływ na ocenę oferty przystępującego, również co do przesłanek art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe oraz wobec braku wykazania jakiegokolwiek związku pomiędzy nieprzetłumaczonymi dokumentami, czy braku tłumaczenia trzech dokumentów (warto zaznaczyć, iż zamawiający oprócz tego, że nie wymagał przedłożenia certyfikatów to nigdzie w treści SIWZ nie wskazał, że wymagał oryginalnych wersji jakichkolwiek obcojęzycznych dokumentów) pomiędzy ofertą przystępującego, a badaniem ofert dokonany przez zamawiającego, Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał naruszenia prawa, które zarzucił zamawiającemu - w związku z czym zarzut braku zaniechania wezwania tłumaczenia na język polski czy braku oryginałów tłumaczonych dokumentów, przy braku wykazania przez odwołującego, że obowiązek taki na zamawiającym ciążył, a ponadto wobec braku jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, pozostał gołosłowny i nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony, w szczególności odwołujący nie wykazał, a nawet nie wskazał żadnego naruszenia, które mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p.

Nie potwierdził się również zarzut, oznaczony przez odwołującego nr 7, sformułowany jako naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez wezwanie wykonawcy Sprint S.A. do przedstawienia

innych opraw wraz z dokumentami/wyliczeniami potwierdzającymi spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego w formie zgodnej z zapisami SIWZ jeżeli zaproponowane przez wykonawcę oprawy nie potwierdzą spełniania wymagań określonych przez zamawiającego, podczas gdy wykonawca udzielając wyjaśnień w zakresie treści oferty nie może doprowadzić do jej zmiany, jak również zamawiający nie może prowadzić z wykonawcą negocjacji treści złożonej przez niego oferty, a poprzez wezwanie do wskazania innych opraw zamawiający w sposób ewidentny pozwolił wykonawcy Sprint S.A. na zmianę jego treści oferty i jej negocjacje, co jest niedopuszczalne.

Zważywszy na uwagi poczynione na wstępie, w zakresie powoływania się przez odwołującego na nieaktualny stan sprawy, a także mając na uwadze, że nie jest możliwe zastąpienie twierdzenia co do okoliczności faktycznych wskazaniem przepisu prawa, który w ocenie odwołującego został naruszony, tak zakreślony zarzut należy uznać za niezasadny. W istocie odwołujący nie wykazał, ani nawet nie wywiódł, że do naruszenia prawa przez zamawiającego doszło, a tym bardziej nie wykazano, że doszło do naruszenia prawa które mogłoby skutkować uwzględnieniem zarzutu w oparciu o art. 192 ust. 2 p.z.p. i 191 ust. 2 p.z.p.

W istocie odwołujący formułując zarzut oparł się na fragmencie str. 6 wezwania zamawiającego skierowanego do przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p., z 04.12.2017 r., w którym stwierdzono: „W przypadku, gdy zaproponowane przez Wykonawcę oprawy nie potwierdzą spełniania wymagań określonych przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do wskazania innych opraw wraz z dokumentami/wyliczeniami potwierdzającymi spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego w formie zgodnej z zapisami SIWZ” (*vide* k. 935 i 936 dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne). Odwołujący próbował wywieść z powyższego naruszenie art. 87 ust. 1 p.z.p., podnosząc, iż w związku z zastrzeżeniem tajemnicą przedsiębiorstwa części złożonych dokumentów, będących odpowiedzią na rzeczne wezwanie „zwracamy się do Krajowej Izby Odwoławczej z prośbą o weryfikację przedmiotowej okoliczności, tj. czy nie doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie innych opraw.”

Jednakże uszło uwadze odwołującego, iż karty katalogowe, potwierdzające dane techniczne i właściwości opraw, zgodnie z pkt a) wyjaśnień przystępującego – zarówno z 7 grudnia 2017 r. jak i 14 grudnia 2017 r. – znajdują się w części jawnej wyjaśnienia. Jawne więc były karty złożone przez przystępującego dotyczące opraw: Metronomis LED, Harmony Classic LED i Jargeau 400 LED, czyli też, co należy podkreślić, rodzaju opraw, które zostały objęte zarzutami odwołania.

Umknęło również odwołującemu, że postępowanie odwoławcze prowadzone przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, wobec czego to na odwołującym, który winien sformułować elementy konstytuujące odwołanie i określające zakres

postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym zarzuty, ciąży wykazanie zasadności stawianych naruszeń prawa co do czynności lub zaniechań zamawiającego i samo zwrócenie się do Izby z podaniem, żeby zweryfikowała czy nie doszło do naruszenia prawa nie może stanowić skutecznie postawionego zarzutu.

Należy zaznaczyć, z racji iż zarzuty sformułowane w tak ogólny, a wręcz blankietowy sposób, zostały w odwołaniu sformułowane kilkakrotnie – w szczególności odwołujący powoływał się na elementy treści oferty, które miałyby być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przystępującego, a w rzeczywistości, zgodnie z aktami postępowania, takiej tajemnicy nie stanowiły – że postępowanie skargowe w swej istocie jest odmienne od postępowania inkwizycyjnego, w którym organ rozpoznający ma kompetencje śledcze i podejmuje z urzędu czynności celem ustalenia prawdy materialnej. W postępowaniu kontradyktoryjnym to strony, pod rygorem negatywnych skutków procesowych, winny swoje racje wykazać, natomiast organ rozstrzygający ma zadbać o to, aby reguły postępowania obowiązujące przy rozpoznawaniu odwołania, czyli dochodzeniu przez strony swoich racji, zostały zachowane.

Tym bardziej wydaje się wykraczać poza obręb kontradyktoryjnych reguł procesu oraz związanych z nimi gwarancji równości stron postępowania wyrażająca się w tożsamości ich uprawnień procesowych próba podjęta przez odwołującego *de facto* przerwania na Izbę ciężaru wykazywania jego racji, a co najmniej wykazania z urzędu inicjatywy dowodowej w zakresie wykazania okoliczności, które sam powinien zweryfikować najpóźniej w momencie formułowania zarzutu oraz globalnie – przy podejmowaniu decyzji, czy należy wnieść środek ochrony prawnej.

Ponadto, nie tylko z powodu braków co do przedstawienia okoliczności faktycznych rozpoznawanego zarzutu, naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., a w konsekwencji dopuszczenie do zmiany treści oferty przystępującego i jej negocjacje, nie zmogło zostać uwzględnione. Mając na uwadze rozkład ciężaru dowodu istotnym jest, iż w zakresie tego zarzutu zarówno zamawiający, w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, co także powtórzył na rozprawie, jak i przystępujący, stanowczo oświadczyli, iż nie doszło do żadnej nieuprawnionej modyfikacji oferty przystępującego. Taka okoliczność nie wynika również w żaden sposób z dokumentów zgromadzonych w aktach postępowania.

Mając na uwadze jednolity pogląd orzecznictwa Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego w przedmiocie formułowania tez dowodowych, w tym o aspekcie negatywnym (por. wywód Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 16.04.2003 r., sygn. akt II CKN 1409/00 czy w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2010 r., II CSK 449/09) ciężar wykazania, że doszło do nieuprawnionej modyfikacji oferty spoczywa na odwołującym. Skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenia faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki

prawne, zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat*, wyrażoną w art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. oraz art. 190 ust. 1 p.z.p., z którego wynika wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych, a także usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Nakaz ten, co szczególnie istotne na kanwie sformułowanego przez odwołującego pod nr 7 zarzutu, związany jest z ciężarem dowodu obejmującym konieczność przedstawiania dowodów, zgłaszania wniosków dowodowych i formułowania dowodzonych faktów też dowodowych. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Izby) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (*vide* wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, zaś Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w wypełnianiu tego obowiązku (*vide* wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach sygn. akt V ACa 175/08).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego zarzutu, odwołujący podniósł, iż dokonano nieuprawnionej zmiany treści oferty przystępującego wbrew brzmieniu art. 87 ust. 1 p.z.p. - faktowi temu zamawiający, jak i przystępujący, w sposób stanowczy zaprzeczyli – okoliczność taka nie wynika również z akt postępowania. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania zasadności swojego twierdzenia, ani nawet nie podniósł twierdzeń co do okoliczności faktycznych, które miałyby je uzasadniać. Wydaje się, że niezasadność wskazanego zarzutu zauważył sam odwołujący, który w miejsce wykazania na czym miałyby polegać rzekome naruszenie prawa przez zamawiającego zwrócił się do Krajowej Izby Odwoławczej z apelem o weryfikację tej okoliczności i ewentualne ustalenie, czy doszło pomiędzy zamawiającym, a przystępującym do nieuprawnionych negocjacji.

Mając na względzie brak sprecyzowania przez odwołującego okoliczności faktycznych, z których wywodziłby on swoje przekonanie o naruszeniu prawa przez zamawiającego, nie może dziwić, że nie przedstawiono w tym zakresie również żadnych dowodów, w związku z czym nie wykazano naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Ponadto dodać należy, iż samo wskazanie przez odwołującego na treść wezwania wystosowanego na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. do przystępującego, nie może w sposób skuteczny stanowić o naruszeniu przez zamawiającego prawa, skoro odwołujący nie

wykazał, iż skutkiem wezwania do takiej nieuprawnionej zmiany treści oferty przystępującego doszło – a tylko w tym przypadku zarzut, o treści sformułowanej przez odwołującego mógłby zostać uwzględniony, zgodnie z art. 192 ust. 2 p.z.p.

Na marginesie Izba zauważa, że tożsame niewykazane przez odwołującego okoliczności z zarzutu nr 7 podniesiono również w części uzasadnienia zarzutu nr 8, który został przez Izbę oddalony.

Nie znalazł potwierdzenia w ustalonym stanie sprawy również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy w wymaganych przez zamawiającego wyliczeniach fotometrycznych ww. wykonawca przyjął inne parametry niż wymagane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania (szczegółowo opisane w treści uzasadnienia odwołania), co doprowadziło do wprowadzenia w błąd zamawiającego w zakresie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganymi przez niego wartościami wynikającymi z dokumentacji postępowania oraz w sposób świadomy i kierunkowy podania nieprawdziwych informacji, podczas gdy zamawiający powinien był wykluczyć Sprint S.A. i odrzucić ofertę złożoną przez tego wykonawcę z uwagi na podanie przez niego tak informacji wprowadzających w błąd zamawiającego jak i informacji nieprawdziwych oraz z uwagi na zaferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, oznaczony przez odwołującego jako zarzut nr 8 odwołania, który został przez Izbę oddalony.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem III pkt 1 SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, co zamawiający powtórzył dodatkowo w rozdziale V pkt 6.1. SIWZ - wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, że w ramach dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. zamawiający wymagał: w ppkt 2) „Wykonawcy składający ofertę równoważną zobowiązani są przedstawić:

- 2) wyliczenia fotometryczne (wykonane w ogólnodostępnym, bezpłatnym programie np. DIALUX), gdzie za parametry wejściowe należy przyjąć wartości z projektu, dokumentujące, że wybrane oprawy oświetleniowe zapewnią natężenie oświetlenia zgodnie z obowiązującą normą, wystawione lub potwierdzone przez producenta wskazanych opraw, że wyliczenia są prawidłowe. Obliczenia oraz prezentacja wyników obliczeń musi być w pełni zgodna z przyjętymi w projekcie Zamawiającego parametrami projektu tj. identyczna geometria dróg i usytuowania słupów, identyczny poziom współczynnika – wskaźnika utrzymania, parametrów rodzaju nawierzchni, parametrów – położenia obserwatorów. Wydruki muszą zawierać wszystkie wyliczone parametry dla punktów zgodnie z siatką obliczeniową projektu Zamawiającego.”

Ponad powyższe, w rozdziale III pkt 1 SIWZ wskazano, że zastosowane oprawy oświetleniowe muszą spełniać wymagania normy oświetlenia drogowego PN-EN 13201 dla wszystkich przypadków określonych w projekcie, wymagania dla opraw i słupów zostały opisane w dokumentacji projektowej, a także iż zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych o parametrach nie gorszych niż parametry wymienione w dokumentacji.

Nie było spornym pomiędzy stronami, co znalazło odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, że przystępujący zaoferował w ofercie oprawy równoważne.

Niespornym, gdyż wskazanym przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, był fakt, iż pismem z 04.12.2017 r. zamawiający powołując się na art. 26 ust. 4 p.z.p., wezwał przystępującego do poprawienia wyliczeń fotometrycznych. Izba stwierdziła, iż takie wezwanie znajduje się w aktach sprawy i ma w swoim zakresie wezwanie do „poprawienia wyliczeń fotometrycznych oraz uzupełnienia wyliczeń fotometrycznych” co do 82 ulic - pkt 2 przedmiotowego pisma.

Izba stwierdziła, co również było niesporne, że na wezwanie zamawiającego przystępujący przedłożył dwa pisma z dnia 07.12.2017 r. i z 14.12.2017 r., na marginesie można dodać, iż pisma są dwa, bo jak wyjaśnił zamawiający, jedno złożone jest w pierwotnym terminie, a w międzyczasie termin na złożenie odpowiedzi na wniosek wykonawcy Sprint S.A. wydłużono, co również znajduje się w aktach postępowania. Istotnym zaś jest, iż oba pisma posiadały część jawną i niejawną. Izba stwierdziła, że skorygowane obliczenia fotometryczne znajdowały się w części niezastrzeżonej tajemnicą przedsiębiorstwa tj. „lit. e) skorygowane obliczenia fotometryczne – wskazane w jawnej części uzupełnienia oferty”.

Zatem na wstępie rozważań Iza zaznacza, iż twierdzenia odwołującego, iż „nie jest w stanie zweryfikować poprawności, ani prawdziwości danych wejściowych do wyliczeń, ani prawdziwości wyników końcowych”, co wiązało z tajemnicą przedsiębiorstwa nie znalazły potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, bo uzupełnione wyliczenia fotometryczne są jawne (to samo tyczy się pierwotnych wyliczeń).

Ponadto, kolejną konsekwencją czynności przedstawienia nowych obliczeń przez przystępującego, na wezwanie zamawiającego – którą to czynność odwołujący zdaje się pomijać – jest, że wszystkie twierdzenia dotyczące wyliczeń przystępującego, a odnoszące się do okoliczności faktycznych co do wyliczeń pierwotnych, zostały przez Izbę oddalone jako nie znajdujące oparcia w stanie rzeczy ustalonym w toku postępowania odwoławczego. Zatem skoro odwołujący nie sformułował zarzutów do nowych obliczeń, a oparł się na błędnych obliczeniach pierwotnych, których braki zauważył sam zamawiający i w konsekwencji tego wezwał przystępującego 04.12.2017 r. do ich poprawienia, to zarzuty odwołującego mogłyby zachować aktualność jedynie w sytuacji, w której pomimo wezwania

obliczenia te nie zostałyby poprawione - odwołujący nie podniósł jednak takiego twierdzenia, a z akt postępowania wynika okoliczność przeciwna. W związku z tym, zarzut ten okazał się pozbawiony podstaw faktycznych już z uwagi na oparcie go na stanie nieistniejącym w chwili wniesienia odwołania.

Zaś co do treści nowych obliczeń fotometrycznych przystępującego, pomimo ich jawnego charakteru, odwołujący nie sformułował w tym zakresie żadnych zarzutów, nie obejmując tym samym uzupełnionych obliczeń fotometrycznych zakresem zaskarżenia.

Odnosząc się w sposób szczegółowy do okoliczności faktycznych zarzutu Izba stwierdziła, jak niżej.

1. ad obliczeń fotometrycznych co do ul. Krasińskiego 1:

- odwołujący wskazał, że przystępujący wadliwie przyjął odległości słupa od jezdni na poziomie -0,51 m (nawis), zaś w dokumencie zamawiającego jako odległość wskazano 1,00 m, co w konsekwencji spowodowało wadliwe obliczenia fotometryczne i przedmiot zamówienia niezgodny z SIWZ (pkt 12 - 18 uzasadnienia zarzutu).

Izba stwierdziła, iż ten sam błąd parametru zauważył zamawiający – w pkt 2 ppkt 10 wezwania do wyjaśnień z 04.12.2017 r. (k.931 i 932 dokumentacji) wskazano:

„Zgodnie z zapisami pkt III. 1 SIWZ Wykonawca był zobowiązany przedstawić wyliczenia fotometryczne (wykonane w ogólnodostępnym, bezpłatnym programie np. DIALUX), gdzie za parametry wejściowe należy przyjąć wartości z projektu, dokumentujące, że wybrane oprawy oświetleniowe zapewnią natężenie oświetlenia zgodnie z obowiązującą normą, wystawione lub potwierdzone przez producenta wskazanych opraw, że wyliczenia są prawidłowe. Obliczenia oraz prezentacja wyników obliczeń musi być w pełni zgodna z przyjętymi w projekcie zamawiającego parametrami projektu tj. identyczna geometria dróg i usytuowania słupów, identyczny poziom współczynnika – wskaźnika utrzymania, parametrów rodzaju nawierzchni, parametrów – położenia obserwatorów.

W załączonych wyliczeniach fotometrycznych dla punktów wskazanych poniżej wykonawca przyjął inne parametry niż wskazane w projekcie zamawiającego:

10) ul. Krasińskiego 1 – nieprawidłowa odległość słupa od jezdni, przyjęto -0,52 a powinno być -1,0 m.”

Na marginesie warto zaznaczyć, iż odwołujący błędnie zaokrąglił parametr odległości słupa od jezdni (nawis), kiedy zamawiający zrobił to w sposób prawidłowy, bowiem przystępujący podał nawis na poziomie -0,519 zatem zaokrąglenie zamawiającego do -0,52, a nie odwołującego do -0,51, jest właściwe.

Przystępujący, na powyższe wezwanie zamawiającego, przedłożył nowe obliczenia fotometryczne, pismem z dnia 14.12.2017 r. (karta nr 1074 dokumentacji postępowania),

gdzie wskazano nawis -1.000 m, zatem dokładnie z treścią wezwaniem do wyjaśnienia zamawiającego poprawiono zaistniały błąd. Odwołujący uzupełnionych obliczeń nie objął zarzutami wniesionego odwołania, gdyż brak jest jakichkolwiek twierdzeń odwołującego co do błędnych obliczeń przystępującego po uzupełnieniu.

Swoje nieaktualne, w świetle stanu stwierdzonego w toku postępowania odwoławczego, twierdzenia odwołujący próbował poprzeć dowodami, które Izba oceniła jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, albowiem nie dotyczyły one okoliczności istotnych w aktualnym stanie postępowania – a w istocie również spornych w postępowaniu (nie budziło bowiem wątpliwości żadnej ze stron, że obliczenia pierwotne zawierały błędy). Ww. dowody (oznaczone nr 1 do 9 w postaci 1) opinii technicznej; 2), 3), 4), 8) i 9) wyciągów z treści SIWZ, 5) obliczeń w programie DialuX, 6) oświadczenia – rysunku, 7) symulacji wyliczeń) nie mogły odnieść skutku procesowego również z uwagi na ich zawartość – w szczególności wyciągi z treści specyfikacji dotyczyły dokumentów postępowania, a „opinia techniczna”, stanowiąca umotywowane stanowisko odwołującego, nie zawierała żadnych wyliczeń, które poddawałyby w wątpliwość obliczenia dokonane przez przystępującego. W istocie, zamawiający, dokonując weryfikacji oferty Sprint S.A. i kierując do tego wykonawcy wezwanie dokonał znacznie bardziej pogłębionej analizy przedstawionych przez niego wyliczeń.

2. ad parametru „wysokości montażu” dla ul. Krasińskiego 1:

- odwołujący wskazał, że zamawiający w udostępnionym wykonawcom pliku excel „Zestawienie opraw wraz z danymi” w zakładce „stan istniejący” (pozycja nr 378 dla ul. Krasińskiego 1, kolumna „O”) wskazał wysokość zawieszenia oprawy na poziomie 8 m, podobnie w dokumencie „Modernizacja oświetlenia Wałbrzych Obliczenia oświetlenia cz. 1” - dla ul. Krasińskiego 1 - nadmienił, że wysokość montażu będzie wynosiła 8 m, zaś z przedłożonego przez Sprint S.A. dokumentu odnoszącego się do danych planowanych dla ul. Krasińskiego 1 wynika, że wysokość montażu wynosi 8. 287 m, co w ocenie odwołującego jednoznacznie świadczy o tym, że:

- a) przystępujący zmienił wymagane przez zamawiającego parametry, co skutkuje także zmianą wyliczonych przez przystępującego wartości parametrów fotometrycznych,
- b) wskazana wartość z dokładnością do trzech miejsc po przecinku świadczy o tym, że nie była to omyłka tylko celowe działanie Sprint S.A.,
- c) „wobec tego należy jednoznacznie stwierdzić, że zaoferowany przez Sprint S.A. przedmiot zamówienia (oprawy) jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, dokonany przez zamawiającego.” (pkt 20 – 23 uzasadnienia zarzutu);

Po pierwsze wskazać należy, iż zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców wyliczeń fotometrycznych, które miały potwierdzać zgodność oferty z treścią SIWZ, w szczególności parametry normy oświetlenia drogowego PN-EN 13201, zatem żeby wykazać niezgodność z treścią SIWZ odwołujący winien wykazać błędy w tychże wyliczeniach (podobnie jak próbowano to wykazywać co do pkt 1) powyżej). Zgodnie z wynikami szczegółowymi przystępującego zaoferowany przedmiot dla ul. Krasieńskiego 1 spełnia parametry normy i odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, bowiem nie podjął nawet próby połączenia wyników wyliczeń fotometrycznych z parametrem „wysokość montażu”.

Wskazanie przez odwołującego, że zmiana parametru wysokości montażu skutkuje zmianą wyliczonych przez przystępującego parametrów pozostało gołosłowne – odwołujący poza sformułowaniem tego twierdzenia i przypisaniem do niego podstawy prawnej, co było wystarczające jedynie z punktu widzenia wymogów formalnych wymaganych dla postawienia zarzutu, w ogóle nie podjął inicjatywy jego wykazania. Zgodnie z obliczeniami przystępującego (Krasieńskiego 1/wyniki szczegółowe) wszystkie 5 wymaganych wartości dotyczących wymagań fotometrycznych zostało spełnionych zgodnie z normą, co świadczy o tym, że oferowany przez niego przedmiot jest zgodny z wymaganiami SIWZ, które Izba przytoczyła na wstępie rozpatrywania niniejszego zarzutu. Ewentualne wykazywanie powiązania pomiędzy danymi wejściowymi, wynikami, a okolicznością zgodności z wymaganą przez zamawiającego normą wymagałoby również odniesienia się do kwestii równoważności, którą, jak wcześniej zauważono, zamawiający dopuszczał. Odwołujący nie sformułował jednak żadnych twierdzeń w tym zakresie.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż odwołujący nie wykazał, żeby podnoszona przez odwołującego okoliczność parametr „wysokość montażu” dla ul. Krasieńskiego 1 na poziomie 8.287 m mogła świadczyć o wadliwych wynikach w korelacji z wymaganiami z normy czy w jakikolwiek inny sposób świadczyć o samej niezgodności zaoferowanego przedmiotu z SIWZ. Zaś aby skutecznie zastosować podstawę odrzucenia oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., odwołujący winien wykazać na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, bowiem obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru - art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. - obowiązku zamawiającego poprawienia w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru.

Przechodząc do analizy w tak ustalonym stanie sprawy, zaznaczyć również należy, iż sam sposób prowadzenia dokumentacji postępowania przez zamawiającego w sposób

znaczący utrudnił ustalenie stanu faktycznego i weryfikację zarzutów, które też nie zostały sformułowane w sposób modelowy.

Izba stwierdziła, że parametr „wysokość montażu” znajduje się w tabeli excel pn. „zestawienie opraw wraz z danymi” w zakładce „stan istniejący”, który jak jego nazwa wskazuje zawiera stan obecnie istniejącego oświetlenia, zaś w zakładce zamawiającego „dane do wyliczeń”, które zgodnie z nadaną nazwą zawierają parametry do obliczeń fotometrycznych (bo tylko takie wyliczenia należało przedłożyć, innych wyliczeń w postępowaniu zamawiający nie wymagał) nie ma w ogóle parametru wysokość montażu.

Izba, dokonując odtworzenia stanu sprawy, w oparciu o akta postępowania, żeby rozpoznać zarzut odwołującego, musiała dokonać wykładni kilku dokumentów, w których zamawiający sformułował swoje wymagania – zamawiający stwierdził, w treści opisu przedmiotu zamówienia rozdział III. 1 SIWZ, że „Wymagania dla opraw i słupów zostały opisane w dokumentacji projektowej. Zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych o parametrach nie gorszych niż parametry wymienione w dokumentacji.” – brak korelacji pomiędzy używanymi przez te dokumenty (w szczególności uproszczoną dokumentacją projektową oraz STWiOR) nazwami oraz określeniami, a także powiązanie ich z zewnętrznymi dokumentami i między sobą nawzajem, skutkowało koniecznością pogłębionej weryfikacji każdego z tych dokumentów, która nie byłaby konieczna w normalnych okolicznościach. W istocie, nie można wykluczyć, że przekonanie odwołującego o zasadności podniesionych zarzutów wynika z braku takiej analizy, która, zważając na chaotyczny sposób prowadzenia dokumentacji postępowania, była mocno utrudniona.

W spisie podanym przez zamawiającego dokumentacja projektowa stanowi załącznik nr 7 do SIWZ, w samej dokumentacji jest kilka folderów – opis przedmiotu zamówienia, STWiOR, harmonogram wykonania, zestawienie opraw i zestawienie opraw wraz z danymi (plik z 4 zakładkami nazwanymi: całość, stan istniejący, dane do wyliczeń i projekt ZDKiUM) i fotometria (4 pliki nazwane modernizacja oświetlenia Wałbrzych - obliczenia oświetlenia - zawierające w treści „dane planowania i wyniki szczegółowe” dla każdej z ulic).

W opisie przedmiotu zamówienia w wymaganiach dla słupów wskazano, że „8. wysięgnik w połączeniu ze słupem powinny pozwalać na montaż opraw oświetleniowych na wysokości 8m, 8,5m, 9m, 10m.”

W specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych co do warunków szczegółowych wykonania robót, w zakresie warunków szczegółowych montażu, wysokości montażu opraw wskazano, iż „Wysokość wynikowa montażu oprawy winna być zgodna z podanymi w tabelach – zestawieniach montażowych i projekcie oświetleniowym.” – tabel tych jednak nigdzie nie ma, nie ma też pliku „zestawienie montażowe”, ani pliku o nazwie projekt oświetleniowy, a zamawiający nie wskazał gdzie takie pliki są, albo które mogłyby to

być z obecnych z załącznika nr 7 – a przede wszystkim jak te pliki miałyby się odnosić do możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych, w tym w szczególności które wskazane tam parametry są dla zamawiającego istotne dla badania równoważności, zatem które parametry wykonawcy winni wykazać jako „nie gorsze niż parametry wymienione w dokumentacji”, bo gdyby przyjąć, że wszystkie parametry, to sama możliwość złożenia oferty równoważnej byłaby iluzoryczna, a wymaganie wyliczeń fotometrycznych zbędne – a założenie takie jest sprzeczne z treścią SIWZ.

Badając dalej dokumentację postępowania Izba stwierdziła, że znajdujący się w niej folder fotometria z plikami pn. „modernizacja oświetlenia Wałbrzych” zawiera obliczenia oświetlenia w tym: 1) dane planowania i 2) wyniki szczegółowe. Dokonując literalnej wykładni brzmienia wyrażenia dane planowania należy przyjąć, iż są to parametry planowane przez zamawiającego. W „danych planowania” dla ul. Krasińskiego 1 zamawiający określił parametr: „Wysokość montażu (1): 8.000 m”, natomiast w „wynikach szczegółowych” zamawiający określił poziom pięciu wartości jakie mają spełniać wyliczenia fotometryczne dla ul. Krasińskiego 1, przy czym brak jest tam parametru „wysokość montażu”, są za to odniesienia do wartości z normy oświetleniowej z opisu przedmiotu zamówienia, zatem wykładni tego dokumentu należy dokonać z wymaganiami zamawiającego określonymi co do wyliczeń fotometrycznych.

Same wyliczenia fotometryczne należy sporządzić w sposób następujący (rozd. III pkt 1 SIWZ – i tożsamo V pkt 6.1.2 SIWZ) – „za parametry wejściowe należy przyjąć wartości z projektu, dokumentujące, że wybrane oprawy oświetleniowe zapewnią natężenie oświetlenia zgodnie z obowiązującą normą, wystawione lub potwierdzone przez producenta wskazanych opraw, że wyliczenia są prawidłowe” – nie wnika z tego, iż parametr „wysokość montażu” jest parametrem na „sztywno”, bez możliwości jakiegokolwiek odstępstwa, ustalonym przez zamawiającego. Tak samo z samego sformułowania SIWZ co do możliwości zaoferowania przedmiotu równoważnego o treści „zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych o parametrach nie gorszych niż parametry wymienione w dokumentacji”, nie wynika jednoznacznie, które parametry należy przyjąć za wyjściowe dla ustalenia, że przedmioty równoważne spełniają wymogi zamawiającego. A jak już wcześniej wskazano, przyjęcie wszystkich parametrów przeczy samej idei równoważności.

Decydującym dla zamawiającego, jak wynika z treści zacytowanej dokumentacji, jest uzyskanie natężenia oświetlenia zgodnego z normą i uzyskanie planowanej funkcjonalności, a nie dokładne odtworzenie stanu obecnie istniejącego, zatem fakt, że w dokumencie „modernizacja oświetlenia Wałbrzych - obliczenia oświetlenia cz. 1, w danych planowania, została wskazana wysokość montażu 8.000 m., zaś przystępujący wskazał inną wartość nie

wskazuje bezpośrednio na niezgodność z wymaganiami SIWZ co do równoważnego przedmiotu zamówienia.

Następnie z SIWZ wynika: „Obliczenia oraz prezentacja wyników obliczeń musi być w pełni zgodna z przyjętymi w projekcie zamawiającego parametrami projektu tj. identyczna geometria dróg i usytuowania słupów, identyczny poziom współczynnika – wskaźnika utrzymania, parametrów rodzaju nawierzchni, parametrów – położenia obserwatorów. Wydruki muszą zawierać wszystkie wyliczone parametry dla punktów zgodnie z siatką obliczeniową projektu Zamawiającego.” – tutaj też zamawiający nie wskazał, że parametr wysokość montażu został postawiony w sposób bezwzględny i stanowczy, jak twierdzi odwołujący.

Mając na uwadze powyższe w pierwszej kolejności należy wskazać, iż z całokształtu dokumentacji postępowania, w szczególności z zestawienia wyżej wskazanych dokumentów, wynika, że celem zamawiającego było pozyskanie oświetlenia spełniającego zamierzone funkcje. Zamawiający w pewnym zakresie postawił bardzo konkretne wymagania co do technicznych aspektów oświetlenia, ale w zakresie stworzenia modelu jego organizacji zawarł w dokumentacji postępowania wskazania o znacznie mniej kategoriowym charakterze. Niestety zamawiający nie wskazał literalnie, które z aspektów szeroko pojętej dokumentacji projektowej mają charakter dyrektywy co do funkcji jaką ma spełniać oświetlenie, a które podyktowane są konkretną decyzją co do funkcjonalności, mając na uwadze dopuszczenie rozwiązań równoważnych. Izba odtwarzając sformułowania zawarte w SIWZ i towarzyszącej jej dokumentacji doszła do przekonania, że zasadniczym celem wyliczeń wymaganych przez zamawiającego jest wykazanie przez wykonawcę, że dostarczany przez niego system oświetlenia spełni cele wskazane z różnym stopniem kategoriowości w dokumentach postępowania oraz wskazanej przez zamawiającego normie. Należy w tym miejscu zauważyć, że dokumenty te (SIWZ wraz z załącznikiem nr 7) nie są ze sobą sprzeczne, a w związku z tym opieranie się przez odwołującego częściowo na informacji o stanie obecnie istniejącym, a częściowo na dyrektywach planowania modernizacji oświetlenia i przemieszanie ich z kategoriowymi wskazaniami co do cech poszczególnych dostarczanych produktów, stanowi w istocie dowolną interpretację dokumentów postępowania i nie oddaje w rzeczywistości ani jej treści ani celów, które przyświecały zamawiającemu przy jej formułowaniu, a w istocie jest z tymi celami sprzeczne.

Izba ustaliła, że mając na uwadze dopuszczenie równoważności w zakresie dostarczanych produktów, wyliczenia sporządzone przez przystępującego zasadniczo wskazują na realizację celu opisanego w dokumentacji postępowania, przy przyjęciu wskazanych tam parametrów, a zatem zarzut odwołania zmierzający do wykazania, że wyliczenia te oparto o błędne dane, co zaburzyło ich wynik w stosunku do wymaganego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, nie znalazł potwierdzenia. W szczególności,

iż jak już wcześniej wskazano brak jest wykazania jak wadliwy w ocenie odwołującego parametr wpłynął na wynik obliczeń fotometrycznych, a tym samym na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p., bez wykazania wpływu na wynik, samo formułkowe kwestionowanie jednego parametru obliczeń z oferty, bez realnego powiązania go z wynikiem – a tego z konkretną niezgodnością z SIWZ, jest nie wystarczające dla wykazania, że doszło do nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, gdyby nawet przyjąć niewykazaną tezę odwołującego, iż parametr „wysokość montażu” ma wpływ na wyniki wyliczeń fotometrycznych, co przenosi się na spełnianie wymagań normy i parametr ten został ustalony przez zamawiającego „na sztywno” i nie można czynić od niego odstępstw składając ofertę równoważną, to takie stwierdzenie ma swoje konsekwencje w ustawie.

W przypadku bowiem, gdyby parametr wysokości został przyjęty przez przystępującego w wadliwej wartości, a zgodnie z dokumentacją zamawiającego miałyby to być tylko i wyłącznie 8.000 m, to zamawiający, posiadając wszystkie inne dane do wyliczeń fotometrycznych (które są w wyliczeniach przystępującego, zatem zamawiający dysponuje na podstawie oferty przystępującego wszystkimi danymi do obliczeń) winien *ex lege* poprawić wysokość na właściwą i dokonać na tej podstawie właściwych działań arytmetycznych, bowiem na tym polega właśnie poprawienie omyłki rachunkowej zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p., do czego zamawiający nie jest uprawniony, a zobowiązany z mocy ustawy – zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 p.z.p. „zamawiający poprawia w ofercie omyłki”, i tym samym przyjęcie tezy odwołującego ma określoną w ustawie konsekwencję - zamawiający miałby obowiązek poprawić wyliczenia fotometryczne, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowej dokonanej poprawki wysokości montażu z 8.287 m na 8.000 m. I dopiero po podstawieniu tego parametru, z uwzględnieniem poprawionych wyliczeń fotometrycznych można byłoby wskazać czy zaoferowany w ofercie przedmiot jest zgodny z SIWZ czy w sposób istotny nie jest, a domniemania i jakiegokolwiek twierdzenia w tym zakresie na obecnym etapie nie są możliwe, gdyż odwołujący w tym zakresie wyliczeń fotometrycznych nie przedstawił. Dodatkowo, czego obecnie Izba stwierdzić nie może, również ze względu na brak wykazania wpływu parametru na wynik obliczeń, to wyliczenia, z wysokością montażu 8.000 m w powiązaniu z innymi parametrami podanymi przez przystępującego, należałoby zbadać pod kątem możliwości poprawienia innej omyłki polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, co należy uczynić przed decyzją o odrzuceniu oferty, na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., co również jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego. Zatem przyjęcie parametru „wysokość montażu” w sposób bezwzględnie określony w SIWZ na poziomie 8.000 m, tak jak wskazywał to odwołujący,

wymaga dla uzyskania uwzględnienia zarzutu na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p., wykazania wpływu na wynik postępowania, czyli na zgodność oferty z SIWZ, a to zgodnie z jej literalnym brzmieniem zamawiający badał na podstawie obliczeń fotometrycznych w korelacji z wymaganiami z normy.

Ustawodawca żeby zapobiec takiemu formułkowemu kwestionowaniu ofert konkurencji, kiedy odwołujący szuka jakiegokolwiek, a nie istotnego błędu, w ofercie innego wykonawcy, w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odniósł się do merytorycznej niezgodności oferty ze skwantyfikowanymi, znaczącymi wymaganiami SIWZ, które mają faktyczny wpływ na nieusuwalną wadę oferty, gdyż jak już wcześniej wskazano nałożono na zamawiającego ustawowe obowiązki wskazane w art. 87 ust. 2 p.z.p. Ponadto, jak słusznie podniósł przystępujący, wyliczenia jako dokument wynikający z art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p., zgodnie z SIWZ, podlegają uzupełnieniu na mocy art. 26 ust. 3 p.z.p.

Konsekwencją powyższych rozważań jest stwierdzenie, że nawet gdyby zarzut odwołującego znalazł potwierdzenie w świetle dopuszczanej przez zamawiającego równoważności, brak w nim było sformułowania podstaw faktycznych umożliwiających przyjęcie wpływu tej okoliczności na wynik postępowania. Zgodnie zatem z art. 192 ust. 2 p.z.p., argumentacja odwołującego nie mogła zostać skutecznie uwzględniona – nie wykazano bowiem ani rzeczywistej niezgodności oferty z prawidłowo odtworzoną treścią SIWZ, z uwzględnieniem równoważności, ani nie próbowano wykazać wpływu powyższego na wynik postępowania.

Odwołujący objął zarzutem również wskazanie naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. - poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy w wymaganych przez zamawiającego wyliczeniach fotometrycznych ww. wykonawca przyjął inne parametry niż wymagane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania (szczegółowo opisane w treści uzasadnienia odwołania), co doprowadziło do wprowadzenia w błąd zamawiającego w zakresie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganymi przez niego wartościami wynikającymi z dokumentacji postępowania oraz w sposób świadomy i kierunkowy podania nieprawdziwych informacji, podczas gdy zamawiający powinien był wykluczyć Sprint S.A. i odrzucić ofertę złożoną przez tego wykonawcę z uwagi na podanie przez niego tak informacji wprowadzających w błąd zamawiającego jak i informacji nieprawdziwych oraz z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ - jednakże odwołujący nie wykazał zasadności podnoszonego zarzutu, w związku z czym do zarzucanego zaniechania w ocenie Izby nie doszło, zatem zrzut został oddalony.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. stanowi o wykluczeniu „wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów”, zaś na mocy art. 24 ust. 1 pkt 17 wyklucza się „wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;”

Ustawa rozróżnia więc dwie podstawy wykluczenia wykonawcy, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawia informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co odwołujący starał się wykazać.

W ocenie Izby w składzie orzekającym w niniejszej sprawie słuszne jest stanowisko wyrażone w wyroku z 14.03.2017, sygn. akt: KIO 348/17:

”Dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki:

1. Przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością
2. Informacja ta wprowadziła w błąd zamawiającego,
3. Błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu,
4. Przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania (winy umyślnej) lub rażącego niedbalstwa (kwalifikowanego stopnia winy nieumyślnej). (...)

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy dla jego zastosowania wymaga zaistnienia kumulatywnie następujących przesłanek:

1. Przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością,
2. Informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego
3. Informacja ta wprowadziła w błąd zamawiającego,
4. Przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.”

Przy czym, zgadzając się również z przytoczonym orzeczeniem, wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p. nie naruszył tej ustawy.

W zakresie zdefiniowania informacji wprowadzających w błąd należy odwołać się do stanowiska doktryny, które skład orzekający w niniejszej sprawie podziela: ”Do informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są to więc informacje

nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też brak jakiegokolwiek wyobrażenia o niej (taką definicję błędu podaje Z. Radwański [w:] System Prawa prywatnego, red. Z. Radwański, t. 1, Prawo cywilne – część ogólna, red. M. Safjan, Warszawa 2008, s. 397).” – (vide: Dzierżanowski Włodzimierz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, komentarz do art. 24 Pzp s. 303)”.

Następnie istotnym jest określenie charakteru tychże informacji, gdyż wskazać należy, że art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. dotyczy wprowadzenia w błąd zamawiającego przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu, zaś w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. ujęte są informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, określne przez Ustawodawcę jako mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jest to norma o charakterze generalnym, którą należy wyklądać mając na uwadze systemowo uregulowane zasady prawa zamówień publicznych.

Ponadto, dla zbadania zaniechania czynności wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., niezbędne jest ustalenie czy wykonawca działał umyślnie, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, czy też nieumyślnie, jednakże z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności stosowanej wobec podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny. Jest to jednak pojęcie bardzo ocenne i w każdym przypadku będzie wymagało indywidualnej interpretacji. Natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. stanowi o wykluczeniu wykonawcy, jeżeli informacje wprowadzające w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo lub niedbalstwa, kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd podczas gdy ten skutek mógł i powinien był przewidzieć.

Należy zaznaczyć również, iż odnosząc pojęcie winy do osoby prawnej, odpowiada ona za działania dwóch kategorii podmiotów: osób fizycznych, które podejmują czynności działając w charakterze organu osoby prawnej oraz osób fizycznych, którymi osoba prawna się posługuje np. przy wykonaniu zobowiązania, a które nie wchodzą w skład organów osoby prawnej. W pierwszym przypadku osoba prawna odpowiada jak za czyny własne, natomiast w drugim ponosi odpowiedzialność za inne osoby. W sytuacji, gdy osoba prawna przy wykonaniu czynności posługuje się osobą, która podlega jej kierownictwu (kierownictwu organu) i ma obowiązek stosować się do jej poleceń, wówczas odpowiada za działanie zawinione tej osoby, tj. za niezachowanie należytej staranności w stosunkach danego

rodzaju (vide wyrok Sądu Najwyższego z 21.09.2007 r. sygn. akt V CSK 178/07). Zatem miernikiem, który należy zastosować jest dochowanie należytej staranności, określone w art. 355 §1 k.c., zgodnie z którym „Dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju”.

Wykładni omawianego przepisu dokonał Sąd Najwyższy (w wyroku z dnia 23.10.2003 r. sygn. akt V CK 311/ 02), stwierdzając, że „Przepis art. 355 § 1 k.c. stawia dłużnikowi wymagania wykonywania zobowiązania z należyłą starannością, to jest starannością ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju. Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość i powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.”

Przenosząc powyższe uwagi na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem należy uznać, że odwołujący poświęcił wiele uwagi, a także złożył liczne dowody celem wykazania, że przedstawione przez przystępującego informacje są wprowadzające w błąd. Uszło jednak uwadze odwołującego, że *onus probandi* spoczywa na nim również co do typu winy, który Izba mogłaby przypisać przystępującemu, tym bardziej, iż w odwołaniu podniesiono zarówno wystąpienie winy umyślnej i winy nieumyślnej (również w jej stopniu kwalifikowanym), gdyż zarzut postawiono w stosunku co do art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i pkt 17 p.z.p.

Odwołujący wskazuje, że przystępujący działał w sposób świadomy i kierunkowy podając nieprawdziwe informacje, co więcej kilkakrotnie pada stwierdzenie, że przystępujący chciał wprowadzić w błąd zamawiającego i celowo podał wadliwe parametry, jednakże brak jest wykazania, a nawet wskazania jak odwołujący uzasadnia te stwierdzenia, pozostawiając poczynione spekulacje gołosłownymi. Ponadto samo stwierdzenie odwołującego, że przystępujący podając parametr wysokości montażu z dokładnością do trzech miejsc po przecinku co świadczy o tym, że nie była to omyłka tylko celowe działanie Sprint S.A., mając na względzie, że to sam zamawiający przyjął podawanie parametrów z dokładnością do trzech miejsc po przecinku, nie jest wystarczające. Zatem istotnym brakiem odwołania w tym zakresie, nie uzupełnionym również na rozprawie, jest brak inicjatywy dowodowej strony czy chociażby jakiegokolwiek wyводу bądź próby połączenia okoliczności faktycznych sprawy z określeniem stopnia zawinienia, co uniemożliwiłoby uznanie tak sformułowanych zarzutów

za zasadne, nawet wówczas, gdyby w jakimś zakresie znalazły one potwierdzenie w materiale dowodowym.

Zarzuty odwołującego w materiale dowodowym potwierdzenia jednak nie znalazły – uniwersalną i przez to *a priori* eliminującą możliwość kwalifikacji postępowania wykonawcy poprzez art. 24 ust. 1 pkt 16-17 p.z.p. obroną jest stwierdzenie, że stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać.

W ocenie Izby zamawiający w sposób prawidłowy uznał, że oferta przystępującego jest zgodna z treścią SIWZ, nie doszło również do wprowadzenia zamawiającego w błąd – szczegółowa ocena materii w zakresie zgodności oferty z wymaganiami SIWZ znajduje się we wcześniejszej części uzasadnienia. Odwołujący nie wykazał też zaistnienia pozostałych przesłanek, które opisane w sposób szczegółowy na wstępie rozważań co do art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. musiałyby zaistnieć łącznie, czego w tej sprawie nie wykazano.

Zatem, w konsekwencji powyższego, Izba oddaliła zarzut oznaczony przez odwołującego jako nr 8 jako bezzasadny.

Nie mógł również zostać uwzględniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy w wykonawca zaoferował oprawę parkową stylizowaną w technologii LED (Jargeau 400) ze stopniem ochrony przed wnikaniem pyłu i wody IP 65, podczas gdy z dokumentacji postępowania wynika, że dla opraw parkowych stylizowanych w technologii LED zamawiający wymagał stopnia ochrony przed wnikaniem pyłu i wody z IP nie mniejszym niż IP 66, w związku z tym zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ (zarzut oznaczony nr 9 w odwołaniu).

Przytaczając istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności należy wskazać, iż w pkt 3.4. ppkt 1 uproszczonej dokumentacji projektowej, zamawiający postawił wymóg, iż „oprawa parkowa stylizowana w technologii LED powinna legitymować się stopniem ochrony przed wnikaniem pyłu i wody nie mniejszym niż IP 66”, zaś zmianą treści SIWZ w dniu 08.09.2017 r. dodano w tymże punkcie podpunkt 11 o treści: „korpus oprawy musi mieć kształt nawiązujący do historycznego o wysokości 760mm i szerokości 450 mm +/- 5%, ścianki zabudowane szybą mleczną”.

Odwołujący wskazując na okoliczności faktyczne podniesionego zarzutu opisał, co w jego ocenie znajduje się w treści kart katalogowych przedłożonych przez przystępującego co do opraw Jargeau 400 LED – „wykonawca Sprint S.A. przedłożył kartę katalogową dla oprawy Jargeau 400 LED (strona 20 pisma z dnia 31 października 2017 r.) z treści której wynika, że dotyczy ona wersji „z płaską szybą”. „Płaska szyba” wyklucza się z wymogiem zamawiającego, iż oprawa musi posiadać „ścianki zabudowane szybą mleczną”. Sprint S.A.

przedłożył licencję na używanie europejskiego ENEC dla oprawy oświetlenia miejskiego nr certyfikatu ENEC/000990 (strona 132 pisma Sprint z dnia 31 października 2017 r.). Z treści ww. dokumentu wynika stopień ochrony: IP 65; IK 10 (wersja z kloszem); IP 66, IK 09 (wersja z płaską szybą).”

Izba stwierdziła, iż po pierwsze odwołujący nie wskazał modelu lampy Jargeau 400, zaś na stronach 41 - 52 pisma z 31.10.17 r. przystępującego, odpowiednio karty 586 – 597 dokumentacji postępowania, są cztery karty katalogowe dotyczące czterech modeli lamp Jargeau 400 LED, z czego dwie mają w swej treści „płaską szybę”, wszystkie zaś karty katalogowe w swej treści mają kod klasy szczelności IP na poziomie 66 (zabezpieczenie przed przenikaniem kurzu, odporne na strumień wody).

Izba stwierdziła ponadto, iż zgodnie z rozdziałem V pkt 6.1. SIWZ – wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p.) w pkt 1 ppkt 1) zamawiający wymagał kart katalogowych opraw oraz słupów jakie zostaną dostarczone i zabudowane, zaś w ppkt 2) wykonawcy składający ofertę równoważną zobowiązani są przedstawić: (...) karty katalogowe potwierdzające dane techniczne i właściwości opraw.

Jak już wskazano w uzasadnieniu oddalonego zarzutu nr 6 literalna wykładnia SIWZ wskazuje, że to na podstawie kart katalogowych zamawiający weryfikował spełnianie paramentów zaoferowanych przedmiotów zgodnie z treścią wymagań określonych w dokumentacji postępowania, co dodatkowo na rozprawie potwierdził zamawiający – zaś okoliczności przeciwnej odwołujący nie wykazał.

Ponadto Izba stwierdziła, że dokument na który wskazał odwołujący – certyfikat ENEC/000990 (k. 674 dokumentacji) po pierwsze nie ma tłumaczenia na język polski, jak w zarzucie nr 6 podnosił sam odwołujący, w związku z nie może on stanowić skutecznego dowodu przez Krajową Izbą Odwoławczą ze względu na brzmienie art. 9 ust. 2 p.z.p. w zw. z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.). Po wtóre z kart katalogowych wynika wskaźnik IP na poziomie 66, co do każdego poszczególnego zaoferowanego przez przystępującego typu lampy Jargeau 400 LED, przy czym angielski certyfikat nie wskazuje na żaden z szczegółowych typów lampy, zatem nie jest wiadomym czy w ogóle dotyczy przedmiotu zaoferowanego przez przystępującego, gdyż okoliczności takiej odwołujący również nie wykazał.

W stosunku zaś co do wymogu pkt 3.4. ppkt 11 w zakresie „szyby mlecznej” Izba stwierdziła, iż było to przedmiotem wezwania do wyjaśniania i uzupełnienia z dnia 04.12.2017 r. skierowanego przez zamawiającego do przystępującego. W punkcie 3.6 wezwania zamawiający wskazał: „Zgodnie z pismem RZP/65/PN/32/2017/DR/4 z 08.09.17 r. w pkt 4 lit. c Zamawiający wymagał dla oprawy parkowej stylizowanej

w technologii LED zabudowanych ścianek szybą mleczną. Wykonawca przedstawił oprawę równoważną o nazwie Jargeau 400 LED, która nie posiada ścianek zabudowanych szybą mleczną”.

Na to wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia i przedłożył karty katalogowe, które wbrew twierdzeniom odwołującego, zgodnie z treścią dokumentacji postępowania, są jawne (lit. a wyjaśnień z 07.12.2017 r. i 14.12.2017 r.)

Zatem zarzut w tej części dotyczy stanu sprzed przedłożenia zamawiającemu wyjaśnienia treści oferty, przy czym odwołujący pismem z dnia 07.12.2017 r. i 14.12.17 r. wyjaśnił kwestię dotyczącą szyby mlecznej w oprawie Jargeau 400 LED. Zaś odwołujący w żaden sposób wyjaśnień tych nie zakwestionował, w szczególności w ogóle nie odniesiono się w postawionym zarzucie do karty katalogowej lampy Jargeau 400 LED oprawa BPP641 LED29-4S/740 PSD DN10 FG BK 60 i Jargeau 400 LED oprawa BSP641 LED40-4S/740 PSD II DW50 FG BK G1 (k. 1017 - 1022).

Dodatkowo zaznaczyć należy, iż odwołujący podniósł, iż parametr dotyczący „płaskiej szyby wyklucza się z wymogiem zamawiającego, iż oprawa musi posiadać ścianki zabudowane szybą mleczną”. Nie wymaga wiadomości specjalnych stwierdzenie, że okoliczność, że szyba jest płaska oznacza, iż nie jest – *a contrario* – szybą wypukłą, ewentualnie szybą giętą i nie ma żadnego związku z jej fakturą czy przezroczystością. Mając to na uwadze, co najmniej niezrozumiałą jest próba wywodzenia z parametru dotyczącego kształtu szyby twierdzeń co do jej faktury, barwy, stopnia przezroczystości czy innych cech nie będących jej kształtem. Stwierdzić należy, iż opisanie szyby jako płaskiej nie wskazuje w żaden sposób na nic poza wprost tym faktem. Nie potwierdziło się w związku z tym twierdzenie odwołującego, że skoro oprawa lampy posiada płaską szybę to znaczy to, że nie posiada wymaganej treścią SIWZ szyby o kolorze mlecznym.

Jedynie na marginesie Izba zauważyła, iż z kart katalogowych, zgodnie z doświadczeniem życiowym, co do zasady nie wynikają cechy szyby które nie mają wpływu na możliwość jej wykorzystania w montażu, a więc możliwość jej osadzenia w przeznaczonych do tego elementach konstrukcyjnych, gdyż jest to element, który jest zmienny i w zależności od złożonego zamówienia producent bez żadnej ingerencji w cechy produktu wstawi szybę o wymaganej przez zleceniodawcę barwie, stopniu przezroczystości czy fakturze.

Mając na uwadze powyższe, a treść art. 192 ust. 2 p.z.p., Izba stwierdziła, iż wobec braku wykazania, że zaoferowany przedmiot jest niezgodny z treścią SIWZ – art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., zarówno w zakresie wymaganego wskaźnika ochrony przed wnikaniem pyłu i wody nie mniejszym niż IP 66, a także w zakresie wymogu „szyby mlecznej”, oraz wobec stwierdzenia, iż odwołujący nie objął zarzutem przedłożonych przez przystępującego

wyjaśnień w zakresie dotyczącym wymogu „szyby mlecznej”, zarzuty wobec ich bezzasadności należało w tym zakresie oddalić.

Izba oddaliła również zarzut oznaczony przez odwołującego nr 10 – naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy ww. wykonawca zaoferował oprawę drogową stylizowaną w technologii LED (Harmony Classic LED) ze stopniem ochrony przed wnikaniem pyłu i wody IP 65, podczas gdy z dokumentacji postępowania wynika, że dla opraw drogowych stylizowanych w technologii LED zamawiający wymagał stopnia ochrony przed wnikaniem pyłu i wody z IP nie mniejszym niż IP 66, w związku z tym zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ.

Jak już ustalono powyżej, co do treści dokumentacji postępowania dotyczącej materii określonej w zarzucie nr 9, w pkt 3.4. ppkt 1 uproszczonej dokumentacji projektowej, zamawiający postawił wymóg, iż „oprawa parkowa stylizowana w technologii LED powinna legitymować się stopniem ochrony przed wnikaniem pyłu i wody nie mniejszym niż IP 66”.

Okoliczności faktyczne zarzutu nr 10, dotyczące oprawy drogowej Harmony Classic LED, sprowadzały się do stwierdzenia, iż z przedłożonego przez wykonawcę Sprint S.A. dokumentu dołączonego do pisma z dnia 31 października 2017 r. (strony 128 - 130) – licence No ENCE/000990, wynika stopień ochrony: IP 65; IK 10 („klosz wypukły”); IP 66, IK 09 („płaska szyba”), co w ocenie odwołującego wskazuje na niezgodność oferty przystępującego z dokumentacją postępowania. Ponadto odwołujący dodał iż „na marginesie Odwołujący podnosi, że z ww. dokumentu nie wynika typ oprawy, dla którego przedstawiono certyfikat”.

Izba stwierdziła, iż dokument na który po raz kolejny powołuje się odwołujący, żeby wykazać swoje racje (ten sam, co w zarzucie nr 9), jest w języku angielskim. Odwołujący nie przedłożył ani z odwołaniem, ani do czasu zakończenia rozprawy, tłumaczenia certyfikatu w języku polskim, co jest obligatoryjne, żeby taki dowód na okoliczność niezgodności treści oferty przystępującego, Izba oceniła - zgodnie z na art. 9 ust. 2 p.z.p. w zw. z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.).

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim *onus probandi* w zakresie podnoszonych twierdzeń co do niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ w materii określonej w zarzucie, więc nie potwierdziło się naruszenie prawa poprzez zaniechanie zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Ponadto należy wskazać, iż karty katalogowe na podstawie których, zgodnie z treścią SIWZ, zamawiający weryfikował spełnianie wymogów dokumentacji, dotyczące lampy Harmony Classic LED, również te złożone z wyjaśnieniami, są jawne i w stosunku co do nich nie postawiono żadnego zarzutu, zaś angielski certyfikat, jak podniósł sam odwołujący nie posiada nawet typu oprawy lampy, w związku z czym nie jest nawet wiadomym, czy w ogóle odnosi się do lamp zaoferowanych przez przystępującego, zaś okoliczności przeciwnej odwołujący nie wykazał.

Izba oddaliła zarzut nr 11 – naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sprint S.A. w sytuacji, gdy w ww. wykonawca zaoferował oprawę drogową stylizowaną w technologii LED (Harmony Classic LED) z poziomem tolerancji dla wysokości i szerokości większym niż dopuszczalny przez zamawiającego, tj. większym niż „+/- 20%”, podczas gdy z dokumentacji postępowania wynika, że dla opraw drogowych stylizowanych w technologii LED zamawiający dopuszczał poziom tolerancji dla wysokości i szerokości z poziomem tolerancji nie większym niż „+/- 20%”, w związku z tym zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ.

W zakresie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia zarzutu Izba ustaliła, iż zmianą treści SIWZ w dniu 8 września 2017 r. zamawiający dodał ppkt 18 do pkt 3.3. uproszczonej dokumentacji projektowej, o treści: „18. korpus oprawy musi mieć kształt nawiązujący do kropli o wysokości 855mm i szerokości 570mm +/- 5%.” Zamawiający udostępnił też „przykładowy rysunek” – ten sam który znalazł się na stronie 34 odwołania w pkt 1, a także na stronie 8 pismem stanowiska przystępującego. Następnie w dniu 14 września 2017 r. zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ w ppkt 18 z pkt 3.3 uproszczonej dokumentacji tj. zamawiający zastąpił wymóg tolerancji +/- 5% wartością „+/- 20%”.

Odwołujący zarzucił w stosunku co do „oprawy Harmony Classic LED” przystępującego niezgodność z treścią SIWZ, którą argumentował w sposób następujący: dokonując porównania lampy wymaganej przez zamawiającego i dopuszczonego przez niego poziomu tolerancji dla korpusu oprawy należy zauważyć, że zamawiający podając wymiary ww. oprawy w zakresie wysokości (855 mm) nie brał pod uwagę elementu montażowego do ww. wymiaru, zaś wykonawca Sprint S.A. w zaoferowanej przez siebie lampie do wymaganej przez zamawiającego wysokości oprawy wliczył również element montażowy. Niniejsze, w ocenie odwołującego, skutkuje tym, że zmieniają się parametry przedmiotowej oprawy, co wpływa również na wymagany przez zamawiającego poziom tolerancji „+/- 20%”, a w konsekwencji przy uwzględnieniu elementu montażowego ww. wymogi odnoszące się do poziomu tolerancji są niespełnione.

Izba stwierdziła, że rysunek na podstawie którego odwołujący oparł swój zarzut ma, zgodnie z brzmieniem SIWZ charakter „rysunku przykładowego”. Zatem zamawiający nadał rysunkowi wartość poglądową, co wynika z SIWZ i nie zostało przez odwołującego zakwestionowane. Ponadto żaden z wykonawców, na etapie składania ofert nie miał wątpliwości co do charakteru rzeczowego rysunku, gdyż nie składano w tej materii wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. Zaś z brzmienia SIWZ - opisu przedmiotu zamówienia, określonego w uproszczonej dokumentacji projektowej, w ppkt 18 wynikają wymiary jakich wymagał zamawiający - wysokość 855 mm , szerokości 570 mm i tolerancja tychże wymiarów na poziomie +/- 20%. Zatem dla badania zgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego należy kierować się wymiarami określonymi przez zamawiającego w wyżej wskazanym punkcie – przy czym już literalna wykładnia treści SIWZ wskazuje, że nie ma tam okoliczności, jaką wywiódł odwołujący z rysunku o charakterze poglądowym, iż zamawiający nie brał pod uwagę elementu montażowego w związku z czym należy go odjąć od parametru wysokości. Parametry są określone przez zamawiającego w sposób sztywny – w zakresie kwestionowanej wysokości lampy, z zastosowaniem miernika tolerancji, wynoszą 648 mm – 1026 mm.

Z przedłożonego przez odwołującego wydruku (dowód 14) w żaden sposób nie wynika, że przedstawiona przez przystępującego karta katalogowa dotycząca opraw Harmony Classic LED nie odzwierciedla rzeczywistych wymiarów oprawy lub, że te wymiary są inne niż wymagane w treści SIWZ. Przeciwnie – zgodnie z ww. karą katalogową, oprawa ta mieści się tolerancji wyznaczonej przez zamawiającego – wysokość 700 mm. Okoliczność ta została również zweryfikowana przez zamawiającego, nie wzywał on przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Ponadto, z treści dowodu przedłożonego przez odwołującego w formie wydruku, nie wynika żadna informacja, która wskazywałaby na to, że wydruk dotyczy typu oprawy BSP 670 (...), poz. 8 - 11 formularza oferty, złożonego przez przystępującego. Dodatkowo z treści wydruku nie wynika również, czy posiada on jakikolwiek związek z kartą katalogową przedłożoną przez przystępującego (k.1023 - 1025) Harmony Classic o rodzinie produktu BDP670 i BSP670, gdzie wskazano 4 rodzaje opraw, zaś przystępujący zaprzeczył, aby dowód dotyczył jego opraw, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Na marginesie należy dodać, aprobując stanowisko przystępującego, że przedłożone karty katalogowe, zgodnie z SIWZ posiadają nadany przez zamawiającego charakter dokumentów potwierdzający spełnianie przez oferowane produkty wymagań określonych przez zamawiającego, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i przypadku niekompletności, błędów lub wątpliwości zamawiającego co do ich treści, podlegają wyjaśnieniu i uzupełnieniu, zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p. Zatem odwołujący nie tylko nie wykazał

niezgodności z treścią dokumentacji postępowania, ale też nie wykazał, aby uwzględnienie zarzutu miało wpływ na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 p.z.p.

Izba oddaliła zarzut nr 12 sformułowany przed odwołującego jako naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. w sytuacji, gdy w ww. wykonawca zaoferował oprawy z serii DigiStreet, dla których temperatura maksymalna pracy wynosi 35°C lub też 25°C, podczas gdy z dokumentacji Postępowania wynika, że dla opraw LED zakres temperatury pracy powinien wynosić: $-35^{\circ}\text{C} \geq T_0 \geq 45^{\circ}$, w związku z tym zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Sprint S.A. z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ.

Izba stwierdziła, iż w pkt II.2.3 oprawy oświetleniowe, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, stanowiącej bezspornie część dokumentacji postępowania zamawiający postawił wymóg, że oprawy LED powinny mieć „zakres temperatury pracy: $-35^{\circ}\text{C} \geq T_0 \geq 45^{\circ}$ ”. Odwołujący zarzucił, iż z kart katalogowych Sprint S.A. wynika, że standardowy zakres temperatur pracy to od -35°C do $+45^{\circ}\text{C}$, zarzut dotyczy:

- str. 55 pisma z 31.10.17 r.- k. 598 dot. lampy DigiStreet BGP 760 LED34-4S/740 II PSD DM12 D13, gdzie wskazano „standardowy zakres temperatury pracy T_a od -35°C do $+45^{\circ}\text{C}$ ”
- str. 77, k. 622 dot. lampy DigiStreet BGP 761 LED64-4S/740 II PSD DM11 D13, gdzie wskazano „standardowy zakres temperatury pracy T_a od -35°C do $+45^{\circ}\text{C}$ ”.

Zaś jednocześnie, w ocenie odwołującego, z przedłożonego przez przystępującego w ramach pisma z 31.10.17 na str. 120 – licencja na używanie europejskiego znaku, nr 0122/ENEC/16/M1 wynika, że temperatura maksymalna wynosi 35°C.

Izba zweryfikowała treść wskazanego dokumentu – nie wynika z niego, że dotyczy konkretnych modeli lamp wskazanych przez przystępującego i odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, ponadto w dokumencie tym jest jeden parametr odnoszący się do temperatury i jego treść to „ t_a 35°C”, zatem nawet gdyby pominąć to, że nie wykazano zostało, że dotyczy on lamp DigiStreet BGP 760 LED34-4S/740 II PSD DM12 D13 i DigiStreet BGP 761 LED64-4S/740 II PSD DM11 D13, to nie znalazło potwierdzenia stwierdzenie, że maksymalna temperatura zgodnie z licencją to 35°C, skoro wystawiający certyfikat w treści nie wyjaśnił co symbol „ t_a ” oznacza. Sam symbol „ t_a ” oznacza w fizyce po prostu „temperaturę”, zatem nie można z tego wywieść, że jest to temperatura maksymalna, skoro sam wystawiający licencję tego nie określił. Wykładnia dokumentu dokonana przez odwołującego została dokonana w sposób dowolny i nie znajduje odzwierciedlenia w literalnym brzmieniu treści parametru. Przede wszystkim odwołujący nie wskazał, jak

wywiódł z symbolu „ta”, że jest to wartość maksymalna temperatury, pozostawiając swoje twierdzenia gołosłownymi i bez poparcia w treści dokumentu, zatem nie podważono w sposób skuteczny danych zawartych na kartach katalogowych przedłożonych przez przystępującego.

Na marginesie można zauważyć, iż rzeczony załącznik do świadectwa objęty został treścią zarzutu nr 6, jako dokument przedłożony w języku polskim bez oryginalnej wersji językowej, co ma świadczyć w ocenie odwołującego o jego wadliwość. Dość niespotykaną sytuacją jest, że odwołujący próbuje wykazać swoje tezy dokumentem, który z drugiej strony kwestionuje jako niewiarygodny.

Tym niemniej jak powyżej wskazano, z treści załącznika do świadectwa Ref. NO.0122/ENEC/16/M1, nie wynika wykazywana przez odwołującego teza, przy czym z kart katalogowych złożonych przez przystępującego bezpośrednio wyczytać można spełnienie ww. wymogu zamawiającego o treści: „zakres temperatury pracy od -35°C do +45°C”, co do obu opraw, wobec czego zarzut należało oddalić.

Pozostałe dowody przedłożone, na rozprawie, na wykazanie okoliczności braku spełnienia wymogu temperatury w zakresie zarzutu nr 10 to:

Dowód nr 11 – karta katalogowa opraw DigiStreet, dotyczące 15 typów opraw, jednakże nie znalazły się tam kwestionowane zarzutem przez odwołującego lampy:

- 1) lampa DigiStreet BGP 760 LED34-4S/740 II PSD DM12 D13,
- 2) lampa DigiStreet BGP 761 LED64-4S/740 II PSD DM11 D13;

Dowód nr 12 – karta katalogowa lampy DigiStreet BGP 761 LED50-/830 II DM11 DGR D9 62 i dowód nr 13 – karta katalogowa lampy DigiStreet BGP 763 LED300-/740 I DW50 DGR 62.

W związku z tym, że dowody nr 11-13 nie dotyczyły lamp zaoferowanych przez przystępującego Izba uznała je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Wyżej wskazana, niepotwierdzona w ustalonym stanie sprawy, część merytoryczna zarzutu dotycząca zakresu temperatury zaoferowanych lamp, została przez odwołującego skorelowana z zarzutem naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. Odwołujący podniósł, iż „niezgodność kart katalogowych z dołączonymi certyfikatami i deklaracjami może świadczyć o tym, że przedłożone do pisma Sprint S.A. z dnia 31 października 2017 r. karty katalogowe zostały stworzone na potrzeby niniejszego postępowania lub wykonawca dostarczył certyfikaty oraz deklaracje na inne produkty niż te, które wymienił w ofercie, co też może świadczyć o wprowadzeniu zamawiającego w błąd, co z kolei wiąże się wówczas z obligatoryjnym zastosowaniem wobec wykonawcy art. 24 ust. 1 pkt 16, czego zamawiający zaniechał.”

Rozważania w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. wskazane przez Izbę we wcześniejszej części uzasadnienia, co do zarzutu nr 8, również w stosunku do zarzutu nr 12 pozostają adekwatne i aktualne.

Przenosząc wskazane uwagi na kanwę okoliczności zarzutu oznaczonego przez odwołującego jako 12, wskazać należy, że odwołujący skupił się wyłącznie na jednej z przesłanek wymaganej brzmieniem art. 24 ust 1 pkt 16 p.z.p., bowiem dokonano wyводу i przedstawiono dowody celem wykazania, że przedstawione przez przystępującego informacje są nieprawdziwe. Odwołujący pominął jednak w swoich twierdzeniach pozostałe przesłanki, które muszą zaistnieć łącznie, żeby mogło dojść do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. tj. oprócz wykazania, że doszło do przedstawienia informacji niezgodnej z rzeczywistością, należy wykazać, że informacja ta wprowadziła zamawiającego w błąd, zaś błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, zaś samo przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania (winy umyślnej) lub rażącego niedbalstwa (kwalifikowanego stopnia winy nieumyślnej), czego odwołujący nie wykazał.

Jednakże zarzuty odwołującego w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., w stosunku co do okoliczności faktycznych podniesionych w zarzucie nr 12, potwierdzenia w materiale dowodowym nie znalazły, zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. należało *a priori* oddalić, gdyż stwierdzenie, że podane przez przystępującego informacje są prawdziwe i zgodne z SIWZ powodują, że stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać.

W ocenie Izby zamawiający w sposób prawidłowy uznał, że oferta przystępującego jest zgodna z treścią SIWZ, nie doszło również do wprowadzenia zamawiającego w błąd – zgodnie z powyższą szczegółową oceną materii dotyczącej posiadanego zakresu temperatur przez lampy DigiStreet przystępującego. Wobec powyższego nie doszło również do braku profesjonalnej weryfikacji oferowanego produktu przez przystępującego i złożenia wadliwego oświadczenia, iż zaoferowana przez niego lampy spełniają wymagania zamawiającego, jak sugerował to odwołujący - wprost przeciwnie, treść oferty przystępującego jest zgodna z wymaganiami SIWZ i nie została udowodniona okoliczność przeciwna, zatem odwołujący nie wykazał zaniechania zamawiającego wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.

Konkludując powyższe, wobec braku wykazania zasadności podniesionego zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., również na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p., nie potwierdził się też zarzut sformułowany w treści uzasadnienia tj. naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. – Izba oddaliła zarzut nr 12 jako bezpodstawny.

Wobec braku potwierdzenia się zarzutów odwołania, wskazanych przez odwołującego w pkt 1 -13 *petitum* odwołania, w konsekwencji ich oddalenia nie mógł zostać również uwzględniony przez Izbę zarzut oznaczony nr 14, sformułowany przez odwołującego jako naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. oraz art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sprint S.A., zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sprint S.A. pomimo, że oferta ta podlega odrzuceniu, podczas gdy zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez ww. wykonawcę i zgodnie z kryteriami oceny ofert wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez odwołującego, gdyż zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę przystępującego i wybrał ją jako ofertę najkorzystniejszą, zaś odwołujący nie wykazał w sposób skuteczny naruszenia przez zamawiającego prawa w powyższym zakresie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Izba oddaliła również wniosek odwołującego o powołanie biegłego z zakresu techniki świetlnej. Dowód ten, w świetle przytoczonych okoliczności, został powołany w zasadzie wyłącznie dla zwłoki – nie doprowadziłby on, w świetle zakresu zarzutów sformułowanych przez odwołującego oraz mając na uwadze treść SIWZ, do wyjaśnienia okoliczności spornych, a istotnie przyczyniłby się do przedłużenia biegu postępowania.

Wypada zaznaczyć również, że Izba w ramach rozpoznawanych zarzutów, nie weryfikowała zasadności okoliczności podniesionej przez odwołującego na rozprawie, w mowie końcowej, a mianowicie, iż nie zostały mu udostępnione przez zamawiającego w sposób właściwy dokumenty złożone przez przystępującego pismem z dnia 7 i 14 grudnia 2017 r. W szczególności wskazywano na brak udostępnienia załączników w postaci jawnych obliczeń fotometrycznych. Twierdzenia te nie znajdują się w treści złożonego środka ochrony prawnej i jako takie stanowią nowy zarzut - w związku z zakazem wynikającym z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba stwierdziła, że rozpoznawanie tychże okoliczności jest *ex lege* czynnością niedopuszczalną.

Ponadto, na wadliwość otrzymanych od zamawiającego plików odwołujący wskazał we wniosku z dnia 12 stycznia 2018 r. w przedmiocie ponownego otwarcia rozprawy. Zgodnie z art. 191 ust. 3 p.z.p. „Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.” Warunkiem

skorzystania zatem z tej regulacji jest wystąpienie łącznie dwóch okoliczności – ujawnienie się okoliczności nieznanych wcześniej oraz wpływ tych okoliczności na postępowanie przejawiający się w tym, iż mogą one skutkować jego innym wynikiem, niż gdyby nie zostały rozpoznane.

Odwołujący w treści wniosku podniósł, iż w po zamknięciu rozprawy dowiedział się, iż przekazana mu dokumentacja mogła zawierać błąd zapisu – uwadze odwołującego jednak uszło, że w mowie końcowej pełnomocnik odwołującego podniósł fakt posiadania błędnych plików, a więc wprost ze stanowiska samego odwołującego wynika, że nie jest to okoliczność ujawniona po zamknięciu rozprawy, a jedynie okoliczność, która nie stała się przedmiotem zarzutu, co odwołujący złożonym po zamknięciu rozprawy pismem próbował skorygować. Niezależnie od tego, w toku rozprawy zamawiający okoliczności tej zaprzeczył, wskazując iż w jego ocenie dokumentacja została przekazana prawidłowo i nie otrzymał on żadnej informacji od odwołującego o jakiegokolwiek nieprawidłowości. Okoliczność ta pozostaje jednak bez znaczenia w świetle faktu, że w istocie odwołujący, pomijając powyższe okoliczności w konstruowaniu zarzutów odwołania, doszedł do wniosku po rozprawie, że chce się na nie jednak powołać, zapominając o zakazie z art. 192 ust. 7 p.z.p. – w związku z tym, ocena zasadności tych zarzutów przez Izbę byłaby działaniem sprzecznym z prawem, ponieważ sankcjonowałaby podjętą przez odwołującego próbę obejścia art. 192 ust. 7 p.z.p. poprzez złożenie wniosku o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy, który pozostawał oczywiście bezzasadny. Taki wniosek musiał zostać przez Izbę oddalony jako niedopuszczalny w świetle art. 191 ust. 3 p.z.p. w stwierdzonych okolicznościach faktycznych.

Odwołujący w treści wniosku wykazywał, poprzez zrzuty ekranu, brak możliwości prawidłowego otworzenia plików otrzymanych od zamawiającego. Warto jedynie zauważyć, że nigdzie nie wykazano, że zrzuty ekranów dotyczą plików, które otrzymano od zamawiającego. Po wtóre, Izba stwierdziła, na podstawie akt postępowania, iż w dniu 19.12.17 r., zgodnie z notatką służbową zamawiającego, na wniosek odwołującego, udostępniono mu dokumentację postępowania – zatem od tego dnia odwołujący przedmiotowe pliki posiadał i nie została przez niego wykazana okoliczność przeciwna.

Z doświadczenia życiowego i logiki wynika, iż jeżeli plik jest wadliwy (przy założeniu, że treść wniosku faktycznie może dotyczyć tego co odwołujący otrzymał od zamawiającego) i nie ma możliwości jego otworzenia – to taka okoliczność istnieje od momentu otrzymania przez odwołującego pliku. Ponadto, istnieje związek logiczny pomiędzy stwierdzeniem o wadzie plików w chwili otrzymania od zamawiającego (19.12.2017 r.), a pomiędzy zarzutami odwołania wniesionego w dniu 28.12.2017 r. – wada pliku, jeżeli zaistniała musiała istnieć od początku otrzymania dokumentacji – gdyż odwołujący nie odniósł się w treści odwołania do żadnej z okoliczności faktycznej, które miałyby być zawartością

nieprawidłowych załączników. Zatem uzasadnionym jest stwierdzenie, że od dnia 19.12.17 r. odwołujący miał dostęp do przekazanej dokumentacji, której jak widać w żaden sposób nie zweryfikował, a już nie wzbudził jego żadnych podejrzeń komunikat o braku możliwości otworzenia otrzymanych plików – co nie świadczy o nowej okoliczności ujawnionej po rozprawie, a wskazuje na brak profesjonalizmu przy prowadzeniu zawodowej działalności gospodarczej – minimalnym miernikiem staranności, wymaganym od podmiotu działającego na rynku zamówień publicznych, byłaby weryfikacja dokumentacji na podstawie której wnosi się środek ochrony prawnej.

Izba stwierdziła, że podniesione we wniosku okoliczności nie wypełniają hipotezy zawartej w art. 191 ust. 3 p.z.p., są to okoliczności ujawnione jeszcze przed posiedzeniem w sprawie, odwołujący posiadał o nich wiedzę od 19.12.17 r., a więc stanowczo należy wykluczyć możliwość ich zakwalifikowania jako ujawnionych po zamknięciu rozprawy – chociażby dlatego, że podnoszone w głosach końcowych przez odwołującego.

W związku z powyższym, w wyniku braku wykazania przesłanek, o których mowa w art. 191 ust. 3 p.z.p., Izba stwierdziła, że nie zaszły okoliczności, które mogłyby spowodować pozytywne rozpatrzenie wniosku złożonego przez odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., stosownie do wyniku sprawy, oraz zgodnie z § 3 ust. 1 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 ze zm.), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis.

Przewodniczący:

.....