

WYROK

z dnia 17 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 3 stycznia 2022 roku oraz na posiedzeniu i rozprawie w dniu 13 stycznia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe PROSPER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu Lider konsorcjum oraz SEGA S. G. Spółka Jawna z siedzibą w Łosiuwie**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawców:

- A) Sicame Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3712/21 po stronie odwołującego,
- B) ALPAR A. i P. K. Spółka jawna z siedzibą w Kozienicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3712/21 po stronie zamawiającego,
- C) ASAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3712/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 362 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ASAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach oraz ENSTOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Straszynie w zakresie zadania nr 4, oraz poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ASAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach i Alpar A. i P. K. Spółka jawna z siedzibą w Kozienicach w zakresie zadania nr 1 dla pozycji 1/9 formularza ofertowego, podniesionych w pkt II.1) petitum odwołania, w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 107 ust. 2 w związku z art. 362 pkt 1 Prawo zamówień publicznych w całości w zakresie zadania nr 4 oraz w zakresie zadania nr 1 dla pozycji: 1/1, 1/3, 1/6 i 1/7 formularza ofertowego, podniesionych w pkt II. 3) petitum odwołania, w zakresie zarzutu podniesionego w pkt II. 4) w części dotyczącej zadania nr 4, w zakresie zarzutu podniesionego w pkt II. 5) petitum odwołania w związku z cofnięciem zarzutów przez odwołującego, oraz umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu podniesionego w pkt II. 6) petitum odwołania z uwagi na jego uwzględnienie przez zamawiającego,

2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 oraz powtórzenie czynności wyboru i oceny ofert w zakresie zadania nr 1, w tym odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców ASAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach oraz Alpar A.i P. K. Spółka jawna z siedzibą w Kozienicach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 362 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na niezgodność ofert z warunkami zamówienia, oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10) w związku z art. 362 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd co do parametru SMFL oferowanych produktów.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i :
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe PROSPER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu Lider konsorcjum oraz SEGA S. G. Spółka Jawna z siedzibą w Łosiowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego pn: „Dostawa osprzętu do linii napowietrznych nN i SN na potrzeby Tauron Dystrybucja S.A.”, nr referencyjny: PZT/TD-CN/02058/2021, zwane dalej „Postępowaniem”. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, w zakresie 5 Części. Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w zakresie Części 1 oraz Części 4.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) zwaną dalej „Ustawą” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lipca 2021 r. pod nr 2021/S 144-384061.

W dniu 22 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe PROSPER Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu - Lider konsorcjum oraz SEGA S. G. Sp. Jawna z siedzibą w Łosiuwie zwanych dalej Odwołującym od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, podjętej w Postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej **na wyborze oferty ASAJ** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: ASAJ) jako najkorzystniejszej (**dotyczy części 1 Zamówienia**);
- 2) zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w Postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy Pzp, w postaci:
 - a) zaniechania odrzucenia oferty **ASAJ**, pomimo iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do parametru oferowanych produktów (dotyczy części 1 Zamówienia);
 - b) zaniechania odrzucenia oferty **ALPAR** A. i P. K. Spółka jawna (dalej: ALPAR), pomimo iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do parametru oferowanych produktów (dotyczy części 1 Zamówienia);

ewentualnie:

- c) zaniechanie wezwania **ASAJ oraz ALPAR** do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wymaganych w pkt 3.7.2.2. SWZ (dotyczy części 1 Zamówienia);
- 3) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, podjętej w Postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na **wyborze oferty ASAJ** jako najkorzystniejszej (dotyczy części 4 Zamówienia);
- 4) zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w Postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy Pzp, w postaci:
 - a) zaniechania odrzucenia oferty ASAJ, pomimo iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia (dotyczy części 4 Zamówienia);
 - b) zaniechania odrzucenia oferty **ENSTO POL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ** (dalej: ENSTOPOL), pomimo iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia (dotyczy części 4 Zamówienia);

ewentualnie:

- c) **zaniechanie wezwania ASAJ oraz ENSTOPOL** do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wymaganych w pkt 3.7.2.2. SWZ (dotyczy części 4 Zamówienia);
- d) zaniechanie wezwania ASAJ do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wymaganych w pkt 3.7.2.7. SWZ (dotyczy części 4 Zamówienia);
- 5) zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia (udostępnienia Odwołującemu) informacji **o zawartości oferty ASAJ**, tj. które z przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w ppkt 3.7.2.1. — 3.7.2.11 SWZ nie zostały załączone do oferty ASAJ, oraz które zostały załączone do oferty ASAJ, ale nie zostały udostępnione Odwołującemu z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (dotyczy części 1 i 4 Zamówienia);
- 6) zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia (udostępnienia Odwołującemu) dokumentów ASAJ, które zostały załączone do oferty, a Zamawiający ich nie udostępnił, uznając że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie zostały one w ogóle zastrzeżone, ewentualnie nie zostały zastrzeżone skutecznie (dotyczy części 1 i 4 Zamówienia).

Powyższym czynnościom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 (w związku z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ASAJ, ALPAR oraz ENSTOPOL z uwagi na niezgodność ofert z warunkami zamówienia polegającą na zaoferowaniu produktów niespełniających wymagań określonych w dokumentach zamówienia (dot. Zadanie 1 i 4);
2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 (w związku z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ASAJ i ALPAR z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy Pzp oraz w związku z pkt 3.1.1. SWZ z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do parametru oferowanych produktów (dot. Zadanie 1);

ewentualnie:

3. art. 107 ust. 2 (w związku z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ASAJ, ALPAR oraz ENSTOPOL do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wymaganych w pkt 3.7.2.2. SWZ lub w pkt 3.7.2.7. SWZ (dot. Zadanie 1 i 4); a w konsekwencji
4. naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 (w związku z art. 362 pkt 1) w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty ASAJ (w części 1 i części 4 Zamówienia), pomimo iż podlega ona odrzuceniu, a więc z naruszeniem zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

oraz

5. naruszenie art. 74 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 16 pkt 1-2 oraz art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia (udostępnienia Odwołującemu) informacji o zawartości oferty ASAJ, tj. które z przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w ppkt 3.7.2.1. — 3.7.2.11 SWZ nie zostały załączone do oferty ASAJ, oraz które zostały załączone do oferty ASAJ, ale nie zostały udostępnione Odwołującemu z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa,
6. naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia (udostępnienia Odwołującemu) dokumentów ASAJ, które zostały załączone do oferty, a zamawiający ich nie udostępnił, uznając że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

podczas gdy nie zostały one w ogóle zastrzeżone, ewentualnie nie zostały zastrzeżone skutecznie.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (w części 1 i 4 Zamówienia);
 - 2) ponowienia czynności badania i oceny ofert ASAJ (w części 1 i 4 Zamówienia), ALPAR (w części 1 Zamówienia) i ENSTOPOL (w części 4 Zamówienia);
 - 3) odrzucenia oferty złożonej przez ASAJ (w części 1 i 4 Zamówienia), ALPAR (w części 1 Zamówienia) i ENSTOPOL (w części 4 Zamówienia);
 - 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 5) udostępnienia Odwołującemu informacji o zawartości oferty ASAJ, tj. które z przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w ppkt 3.7.2.1. — 3.7.2.11 SWZ nie zostały załączone do oferty ASAJ, oraz które zostały załączone do oferty ASAJ, ale nie zostały udostępnione Odwołującemu z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa;
 - 6) udostępnienia Odwołującemu wszystkich dokumentów ASAJ, które zostały załączone do oferty;
- a także o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wykazując interes we wniesieniu odwołania wskazał, iż zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej został sklasyfikowany na trzecim miejscu w rankingu ofert w części 1 Zamówienia oraz na drugim miejscu w rankingu ofert w części 4 Zamówienia, ma zatem interes we wniesieniu odwołania i w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w wyniku, naruszających przepisy ustawy Pzp, czynności i zaniechań Zamawiającego Odwołujący poniósł szkodę, albowiem został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, podczas gdy w obu ww. częściach złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W dniu 17 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty ASAJ jako najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na 2 pozycji.

Ad 1)

Uzasadnienie dla zarzut 1) dotyczącego naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 (w związku z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ASAJ, z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia (dot. Zadania 4, poz. 4/27, 4/28, 4/30, 4/31).

W pozycjach 4/27, 4/28, 4/30, 4/31, Wykonawca ASAJ wpisał do oferty (dla każdej z tych pozycji) po dwa wyroby, każdy innego producenta, oznaczony innym symbolem:

- w kolumnie „Producent” wskazano dla tych pozycji nazwy dwóch producentów „ENSTO, ALPAR”,
- w kolumnie „Oferowany typ” wskazano dla tych pozycji dwa typy urządzeń ww. producentów.

Żaden z dwóch wskazanych w danej pozycji produktów nie spełnia samodzielnie wymagań SWZ, bowiem:

Przedmiotem zamówienia w pozycji **4/27 jest:**

Zacisk odgałęźny dwustronnie przebijający izolację umożliwiający podłączenie dwóch odgałęzień (przyłączy) linii izolowanej z jednego zacisku.

Zakres stosowania:

- przewód linii głównej 25-95 mm² Al,
- przewód przyłącza 2x16-35 mm² Al.

a wykonawca zaoferował tu produkt **SLIW66** firmy Ensto oraz produkt **Z2081Z** firmy Alpar.

Żaden z tych produktów osobno nie spełnia wymagań SWZ, gdyż produkt **Z2081Z** służy w tym przypadku do podłączenia wyłącznie przewodów linii głównej, natomiast produkt **SLIW66** służy w tym przypadku do podłączenia wyłącznie przewodów linii przyłącza — zatem jedynie w przypadku wspólnego zastosowania tych urządzeń mogłyby one spełniać (potencjalnie) wymogi SWZ.

Przedmiotem zamówienia w pozycji **4/28 jest:**

Zacisk odgałęźny dwustronnie przebijający izolację umożliwiający podłączenie czterech odgałęzień (przyłączy) linii izolowanej z jednego zacisku.

Zakres stosowania:

- przewód linii głównej 25-95 mm² Al,
- przewód przyłącza 4x16-35 mm² Al.

a wykonawca zaoferował tu produkt **SLIW67** firmy Ensto oraz produkt **Z2081Z** firmy Alpar.

Żaden z tych produktów osobno nie spełnia wymagań SWZ, gdyż produkt **Z2081Z** służy w tym przypadku do podłączenia wyłącznie przewodów linii głównej, natomiast produkt **SLIW67** służy

w tym przypadku do podłączenia wyłącznie przewodów linii przyłącza — zatem jedynie w przypadku wspólnego zastosowania tych urządzeń mogłyby one (potencjalnie) spełniać wymogi SWZ.

Przedmiotem zamówienia w pozycji **4/30** jest:

Zacisk odgałęźny dwustronnie przebijający izolację umożliwiający podłączenie dwóch odgałęzień (przyłączy) linii izolowanej z jednego zacisku.

Zakres stosowania:

- przewód linii głównej 50-120 mm² Al,
- przewód przyłącza 2x16-35 mm² Al

a wykonawca zaoferował tu produkt **SLIW66** firmy **Ensto** oraz produkt **Z2081Z** firmy **Alpar**. Żaden z tych produktów osobno nie spełnia wymagań SWZ, gdyż produkt Z2081Z służy w tym przypadku do podłączenia wyłącznie przewodów linii głównej, natomiast produkt SLIW66 służy w tym przypadku do podłączenia wyłącznie przewodów linii przyłącza — zatem jedynie w przypadku wspólnego zastosowania tych urządzeń mogłyby one (potencjalnie) spełniać wymogi SWZ.

Przedmiotem zamówienia w **pozycji 4/31** jest:

Zacisk odgałęźny dwustronnie przebijający izolację umożliwiający podłączenie czterech odgałęzień (przyłączy) linii izolowanej z jednego zacisku.

Zakres stosowania:

- przewód linii głównej 50-120 mm² Al,
- przewód przyłącza 4x16-35 mm² Al

a wykonawca zaoferował tu produkt **SLIW67** firmy **Ensto** oraz **produkt Z2081Z** firmy **Alpar**. Żaden z tych produktów osobno nie spełnia wymagań SWZ, gdyż produkt Z2081Z służy w tym przypadku do podłączenia wyłącznie przewodów linii głównej, natomiast produkt SLIW67 służy w tym przypadku do podłączenia wyłącznie przewodów linii przyłącza — zatem jedynie w przypadku wspólnego zastosowania tych urządzeń mogłyby one spełniać (potencjalnie) wymogi SWZ.

Powyższe powoduje, iż w pozycjach **4/27, 4/28, 4/30, 4/31** oferta ASAJ jest niezgodna z SWZ i podlega odrzuceniu na art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

2) zarzut ewentualny naruszenia art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ASAJ do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (dot. Zadania 4, poz. 4/27, 4/28, 4/30, 4/31)

Przyjmując nawet stanowisko, że ASAJ zaoferowało Zamawiającemu w poz. 4/27, 4/28, 4/30, 4/31 zaciski składane przez producenta ENSTOPOL z dwóch zacisków, tj. przedmiotem oferty są dwa wskazane w danej pozycji oferty produkty razem, po odpowiednim „zmontowaniu”, stanowiące nowy produkt, wymagany przez Zamawiającego, dla którego ENSTOPOL wystawił:

- deklaracje zgodności,
- karty katalogowe oraz
- instrukcje montażu

a nawet, że powyższe rozwiązanie jest dopuszczalne na gruncie SWZ (jakkolwiek z brzmienia SWZ wynika stanowisko wprost przeciwne, vide zarzut opisany w pkt 1.1) odwołania) i tak oferty ASAJ nie można uznać za kompletną i zgodną z SWZ.

W pkt 3.7. SWZ Zamawiający określił jakie przedmiotowe środki dowodowe Wykonawcy zobowiązani są złożyć na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego, żądając, w odniesieniu do Zadania 4, m.in.:

„3.7. Wymagania dla dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełniania tych wymagań (...)

3.7.2.2. Certyfikat Zgodności osprzętu do izolowanych linii napowietrznych nN tj. dla uchwytów odciągowych, uchwytów przelotowych, uchwytów przelotowo-narożnych, złączek, zacisków jedno- i dwustronnie przebijających izolację, zacisków do zakładania uziemień potwierdzający zgodność osprzętu z odpowiednimi normami określonymi w Załączniku nr 1 do Wymagań technicznych dla osprzętu do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A- stanowiących Załącznik nr 8 do SWZ. Certyfikat Zgodności dla uchwytów odciągowych zacisków powinien zawierać informację o temperaturze określonej w Wymaganiach technicznych dla osprzętu do linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A. stanowiących Załącznik nr 8 do SWZ.

Na podstawie udostępnionej dokumentacji Odwołujący wnioskuję, że dla ww. pozycji asortymentowych FORMULARZA CENOWEGO ASAJ złożył Zamawiającemu trzy certyfikaty zgodności tj.: dla każdego z wyrobów ENSTO SLIW66 i SLIW67 oraz dla wyrobu ALPAR Z2081Z. W szczególności nie został Odwołującemu udostępniony certyfikat potwierdzający zgodność z wymaganą normą oferowanych „składaków”, dla których ENSTOPOL wystawił pozostałe przedmiotowe środki dowodowe, tj.

- SLIW66.Z2081Z - poz. 4/27 i 4/30
- SLIW67.Z2081Z - poz. 4/28 i 4/31.

Dowód: Certyfikat zgodności dla produktu Z 2081Z załączony do oferty ASAJ

Zamawiający w opisie SWZ wyraźnie określił, że oczekuje jednego certyfikatu dla jednego wyrobu (zacisku) a nie kilku certyfikatów, z których każdy odnosi się do zgodności z normą części oferowanego zacisku odgałęźnego (części oferowanego „składaka”).

Dlatego, przyjmując nawet stanowisko, że zaoferowanie „składaków” jest zgodne z SWZ (Odwołujący twierdzi przeciwnie, zgodnie z argumentacją powyżej), ASAJ (albo „producent” ENSTOPOL) zobowiązany był zlecić jednostce certyfikującej przebadanie za zgodność z normą owych „składaków” i złożyć wraz z ofertą wymagane certyfikaty zgodności dotyczącego całego zestawu tzn. dwóch połączonych przez ENSTOPOL wyrobów.

Nie można tracić z pola widzenia celu wymagania przez Zamawiającego zgodności oferowanych wyrobów z wskazanymi w SWZ normami i żądania przedmiotowych środków dowodowych w tym zakresie, którym jest zapewnienie pozyskania produktów wysokiej jakości, a przede wszystkim bezpiecznych, a także porównywalnych ofert. Okoliczność, że każdy z dwóch wyrobów, z których montuje się „składak” jest zgodny z określoną normą nie oznacza wcale, że wyroby te, po połączeniu dalej spełniają wymagania tej normy. W wyniku połączenia powstaje nowy produkt, który ma inne zastosowanie niż produkty wchodzące w jego skład i inne parametry użytkowe.

Powyższe potwierdza treść wskazanych w SWZ norm:

Norma PN-EN 50483-1: 2009, na którą powołuje się Zamawiający w pkt 3.7.2.2. SWZ tj. w pkt. 1.1. Załącznika 1 do Załącznika 8 do SWZ, która w punkcie 5 definiuje produkty jako „...connectors including insulation piercing connectors...” (tłum. zaciski wliczając zaciski przebijające izolację) i traktuje o badaniu tak zdefiniowanych wyrobów jako całości.

Z kolei Norma PN-EN 50483-4: 2009, na którą powołuje się Zamawiający w pkt 3.7.2.2. SWZ tj. w pkt. 1.3. Załącznika 1 do Załącznika 8 do SWZ stanowi:

„The connectors are designed to be installed on ABC defined in HD 626.”

(tłum.: "Zaciski są zaprojektowane do instalacji na przewodzie do linii napowietrznych zdefiniowanym w normie HD 626").

Powyższe wskazuje na konieczność przebadania zgodności z normą całego produktu, a nie jego części, a to dlatego, że zacisk SLIW66 i/lub SLIW67 jest łączony z zaciskiem Z2081Z

poprzez powleczone pręty metalowe, który nie spełnia wymogów dla przewodu określonych w normie HD 626.

W takiej sytuacji jedyną gwarancją niezawodnej współpracy dwóch zacisków (składających się na każdą z pozycji 4/27, 4/28, 4/30, 4/31), które dopiero razem tworzą zacisk docelowy wymagany przez Zamawiającego, a przede wszystkim zgodności oferowanego w tych pozycjach produktu z wymaganą normą PN-EN 50483-4: 2009, jest przebadanie tego nowego, składającego się z dwóch odrębnych zacisków, docelowego zacisku, oferowanego przez Wykonawcę i przedłożenie Zamawiającemu jednego certyfikatu na kompletny, oferowany wyrób.

Uwzględniając fakt, że w pkt 3.7. SWZ in fine Zamawiający dopuścił uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych, dla zaoferowanych przez ASAJ wyrobów („składek”) z poz. 4/27, 4/28, 4/30, 4/31, Zamawiający zobowiązany był wezwać ASAJ do uzupełnienia ww. certyfikatów zgodności w wyznaczonym terminie, a udostępniona przez Zamawiającego korespondencja z Wykonawcą ASAJ nie zawiera przedmiotowego wezwania, jak też nie zawiera przedmiotowych środków dowodowych w postaci certyfikatu zgodności dla produktu:

- SLIW66.Z2081Z — oferowanego w pozycjach 4/27 i 4/30
- SLIW67.Z2081Z - oferowanego w pozycjach 4/28 i 4/31.

Wskazać więc należy, że Zamawiający naruszył art. 107 ust. 2 ustawy Pzp a wybór ASAJ w Zadaniu 4 był co najmniej przedwczesny.

Ewentualny brak uzupełnienia ww. dokumentu przez ASAJ wygeneruje u Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 (w związku z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ENSTOPOL, złożonej na część 4 Zamówienia, z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia, ewentualnie naruszenie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ENSTOPOL do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (dot. Zadania 4, poz. 4/27, 4/28, 4/30, 4/31)

W pozycjach 4/27, 4/28, 4/30, 4/31, ENSTOPOL zaoferował (dla każdej z tych pozycji), tak jak Wykonawca ASAJ, po dwa wyroby, każdy innego producenta, oznaczony innym symbolem. Wynika to wyraźnie z treści oferty, gdzie w kolumnie „Producent” wskazano dla tych pozycji dwóch producentów osprzętu tj. „ENSTO, ALPAR”, a w kolumnie „Oferowany typ”

dwa typy urządzeń ww. producentów, tj. oznaczone ciągami liter i cyfr stosowanymi przez ww. producentów.

Do oferty załączono również te same przedmiotowe środki dowodowe, co w przypadku oferty wykonawcy ASAJ.

Biorąc pod uwagę, że oferta ENSTOPOL została w tym zakresie skonstruowana analogicznie jak oferta ASAJ, argumentacja ujęta w pkt I ppkt 1)-2) uzasadnienia odwołania odnosi się odpowiednio do oferty ENSTOPOL (zarówno w zakresie zarzutów, jak i żądań) i Odwołujący wnosi o jej uwzględnienie w stosunku do oferty wykonawcy ENSTOPOL w Zadaniu nr 4.

4) naruszenie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ASAJ do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (dot. Zadania 4)

W pkt 3.7. SWZ Zamawiający określił jakie przedmiotowe środki dowodowe Wykonawcy zobowiązani są złożyć na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego, żądając, w odniesieniu do Zadania 4, m.in.:

„3. .7 Wymagania dla dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełniania tych wymagań (...)

W zakresie osprzętu do linii napowietrznych SN:

3.7.2.7. Oświadczenie Producenta o zgodności z Wymaganiami technicznymi dla osprzętu do elektroenergetycznych linii napowietrznych SN w Tauron Dystrybucja S.A. stanowiącymi Załącznik nr 9 do SWZ dla osprzętu do niepełnoizolowanych linii napowietrznych SN tj. zacisków i uchwytów w zakresie wymaganej temperatury otoczenia w czasie montażu co najmniej w zakresie od - 15⁰ C do + 40⁰ c i pracy tego osprzętu co najmniej w zakresie - 25⁰ C do + 40⁰C. ”

Analiza treści oferty ASAJ wskazuje, że ww. oświadczenia Producenta nie zostały do oferty załączone (udostępniona Odwołującemu oferta ASAJ nie zawiera tych oświadczeń ani żadnej adnotacji, np. listy załączników, z której wynikałoby, że takie dokumenty zostały wraz z ofertą złożone).

5) naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 (w związku z art. 362 pkt 1) w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty ASAJ, pomimo iż podlega ona odrzuceniu, a w konsekwencji do naruszenia naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze stwierdzone w pkt I ppkt 1 uzasadnienia odwołania naruszenia ustawy Pzp, należy uznać, iż doszło również do naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty ASAJ, pomimo iż podlega ona odrzuceniu, a także art. 16 pkt 1) i 2) tej ustawy, ponieważ niewątpliwie sytuacja, w której Zamawiający na równi traktuje ofertę, która winna zostać odrzucona, jak i ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, stanowi naruszenie uregulowanych tam zasad zamówień publicznych.

II. W zakresie Części 1 Zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest osprzęt do linii napowietrznych izolowanych nN.

W terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęły 4 oferty:

W dniu 17 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty ASAJ jako najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na 3 pozycji.

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 (w związku z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ASAJ z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy Pzp oraz w związku z pkt 3.1.1. SWZ z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do parametru oferowanych produktów (dot. Zadanie 1, w poz. 1/13, 1/19, 1/20)

W części 1 zamówienia ASAJ zaoferował produkty niezgodne z SWZ w odniesieniu do pozycji 1/13, 1/19, 1/20, a także w sposób wprowadzający Zamawiającego w błąd oświadczył, że produkty te spełniają wymagania SWZ, co zostanie wykazane poniżej.

Ad. poz. 1/19

W pozycji 1/19 Zamawiający wymaga zaoferowania uchwyty narożnego do przewodów linii napowietrznych izolowanych nN, którego wytrzymałość SMFL ma wynosić co najmniej 40kN: Wykonawca ASAJ zaoferował w tym punkcie uchwyt (Z226), oświadczając w ofercie, iż parametr SMFL wynosi co najmniej 40 kN.

Natomiast przedłożone dla tego produktu przedmiotowe środki dowodowe nie odnoszą się bezpośrednio do parametru SMFL, w certyfikacie producenta o nr Z/12/032/15/A2 podano wytrzymałość MBL uchwyty Z226 lako: MBL=40kN (nie zaś SMFL).

Aby wykazać, że oferowany produkt jest niezgodny z wymaganiem wyjaśnić należy, co oznaczają skróty SMFL i MBL:

Rozwinięciem skrótu MBL jest „Minimum Breaking Load” (tłum. minimalna siła zrywająca) natomiast skrótu SMFL jest „Specified Minimal Failure Load” (tłum. określone minimalne obciążenie uszkadzające).

Zatem nie są to pojęcia tożsame.

Siła MBL to siła minimalna, przy której następuje zerwanie wyrobu.

Siła SMFL to siła minimalna, przy której rozpoczyna się trwałe odkształcenie wyrobu (ale jeszcze nie zerwanie).

Tym samym MBL jest zawsze większe od SMFL ($MBL > SMFL$), co wynika z:

- po pierwsze z logiki i zasad doświadczenia życiowego (mniejsza siła jest potrzebna, aby produkt (uchwyt) wygiąć/ odkształcić niż go zerwać / złamać),
- po drugie z treści norm, które mają zastosowanie do przedmiotu zamówienia, tj. normy PN-EN 504832:2009 oraz normy EN 61284: 1997 (PN-EN 61284:2002), wskazanych jako obligatoryjnych do wypełnienia przez oferowane produkty w załączniku 1 do Załącznika nr 8 do SWZ.

a) Definicja siły MBL znajduje się pkt 3.1 normy PN-EN 50483-2:2009 (wskazanej w Załączniku 1 do Załącznika nr 8 do SWZ), o brzmieniu:

3.10 minimum breaking load (MBL)

minimum breaking load of the conductor given by HD 626 or the cable manufacturer if not defined in the standard, or minimum breaking load of the clamp given by the clamp manufacturer

tłum: minimalna siła zrywająca (MBL)

minimalna siła zrywająca przewodu podana w normie HD 626, lub podana przez producenta jeśli nie jest zdefiniowana w normie, lub minimalna siła zrywająca podana przez producenta uchwytu.

Zatem siła MBL to najmniejsza siła, przy której przewód lub uchwyt ulega zerwaniu i jest to zdarzenie nieodwracalne.

b) Z kolei definicja siły SMFL znajduje się w normie EN 61284: 1997 (PN-EN 61284:2002), w pkt 3.20 o brzmieniu:

3.20 specified minimum failure load: Minimum load specified by the purchaser or declared by the supplier at which mechanical failure will not take place.

tłum: określone minimalne obciążenie uszkadzające (SMFL)

wartość graniczna dolna obciążenia określona przez nabywcę lub zadeklarowana przez dostawcę, nie powodująca jeszcze zniszczenia mechanicznego/trwałego odkształcenia.

Zatem siła, o której jest mowa (siła SMFL) to najmniejsza, zadeklarowana siła przyłożona do uchwytu, która jeszcze go nie zerwie, minimalna siła, przy której rozpoczyna się trwałe odkształcenie wyrobu.

Raz jeszcze podkreślić należy, że parametr SMFL dla danego urządzenia zawsze musi być niższy niż parametr MBL, bowiem zawsze wraz ze zwiększeniem siły działania najpierw występuje trwałe odkształcenie a później dopiero zerwanie (nigdy odwrotnie) wyrobu.

Biorąc pod uwagę przedstawione różnice pomiędzy siłami SMFL a MBL, tj. że zawsze $MBL > SMFL$, wskazać należy, że Wykonawca ASAJ zaoferował w tej pozycji uchwyt, którego $MBL=40$ (co wynika wprost z przedstawionego przez ASAJ certyfikatu dla oferowanego produktu). W formularzu ofertowym wykonawca ten oświadczył z kolei, że SMFL będzie wynosić co najmniej 40. Skoro jednak MBL wynosi 40, to SMFL musi być mniejsze niż 40, a zatem nie tylko treść oferty ASAJ jest sprzeczna z warunkami zamówienia, ale wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd składając w formularzu ofertowym oświadczenie o tym, że SMFL wynosi co najmniej 40kN.

Ad. poz. 1/20

W pozycji 1/20 Zamawiający wymaga zaoferowania uchwytu przelotowo-narożnego do przewodów linii napowietrznych izolowanych nN, którego wytrzymałość SMFL ma wynosić co najmniej 18kN.

Wykonawca ASAJ zaoferował w tym punkcie uchwyt (Z224M), oświadczając w ofercie, iż parametr SMFL wynosi co najmniej 18kN.

Natomiast przedłożone dla tego produktu przedmiotowe środki dowodowe nie odnoszą się wprost do parametru SMFL, w certyfikacie producenta o nr Z/12/032/15/A2 podano wytrzymałość MBL uchwytu Z22446: jako $MBL=18kN$ (nie zaś SMFL).

Biorąc pod uwagę przedstawione na wstępie różnice pomiędzy siłami SMFL a MBL, tj. że zawsze $MBL > SMFL$, Wykonawca zaoferował w tej pozycji uchwyt nie spełniający wymagań Zamawiającego bo SMFL będzie $<18 kN$, a dodatkowo wprowadził Zamawiającego w błąd, składając w treści formularza ofertowego oświadczenie o tym, że SMFL wynosi co najmniej 18 kN.

Ad. poz. 1/13

W pozycji 1/13 Zamawiający wymagał zaoferowania:

„Uchwyt odciągowy do zamocowania wiązki czterech przewodów izolowanych linii głównej lub odgałęzienia o przekroju: 4x50-70 mm 2.”.

W pozycji 1/13 Zamawiający co prawda nie podał wymaganej wartości SMFL wprost (tak jak to miało miejsce dla poz. 1/19 i 1/20, gdzie Zamawiający podał parametr poniżej wartości wynikającej z zaleceń odpowiedniej normy), ale sformułował wymóg, by oferowany uchwyt miał parametr SMFL dokładnie „zgodny z normą”.

Wykonawca ASAJ zaoferował w tym punkcie uchwyt (SPIN403), oświadczając w ofercie, iż parametr SMFL tego produktu jest „zgodny z normą”.

Natomiast przedłożone dla tego produktu przedmiotowe środki dowodowe nie odnoszą się bezpośrednio do parametru SMFL, w certyfikacie producenta o nr Z/12/032/15/A2 podano wytrzymałość MBL uchwytu SPIN403 iako: MBL=25kN (nie zaś SMFL!)

Definicje siły MBL (pkt 3.1 normy PN-EN 50483-2:2009) i SMFL (pkt. 3.20 normy PN-EN 61284:2002) zostały już wyjaśnione powyżej. Należy zatem w tym miejscu zaprezentować, co oznacza zapis „SMFL - zgodnie z normą”, jak wskazał Zamawiający w swych wymaganiach dot. poz. 1/13.

W punkcie 8.1.1 (Tensile test at ambient temperature, tłum. próba rozciągania w temperaturze otoczenia), podpunkty 8.1.1.3 (Procedure — tłum. procedury) i 8.1.1.4 (Requirements — tłum. wymagania) normy PN-EN 50483-2:2009 została opisana procedura badawcza i wymagania dotyczące zachowania się uchwytu.

Z treści normy wynika, że wymagany według normy parametr SMFL dla wyrobu/uchwytu uzależniony jest od parametru MBL przewodu, który jest mocowany w tym uchwycie.

Z opisu jasno wynika, że dla wskazanego przez Zamawiającego przewodu 4 x 70 mm², na którym Zamawiający będzie stosował zamawiane uchwyty, uchwyt powinien wytrzymać bez zerwania siłę wynoszącą 80% siły MBL przewodu, mającego zastosowanie do wskazanego uchwytu.

8.1.1.3 Procedura

Obciążenie rozciągające należy przyłożyć w przeciągu 15 min do uchwytu zamontowanego na przewodzie izolowanym.

Obciążenie należy zwiększać do wartości 20% MBL przewodu, a żyły przewodu powinny zostać oznaczone na krawędzi wejścia do uchwytu. Obciążenie o tej wartości +/- 10% należy utrzymywać przez 6 godzin.

Uwaga 1: Okres czasu może być skrócony na podstawie umowy pomiędzy klientem/użytkownikiem a producentem.

Obciążenie następnie powinno zostać zwiększone do wartości 80% MBL dla przewodów izolowanych o przekrojach do i wliczając przekrój 95 mm². Dla przewodów o przekroju powyżej

95mm² obciążenie powinno być zredukowane do poziomu 60 % MBL przewodu. To obciążenie powinno być utrzymywane przez 60 s przed zdjęciem obciążenia.

Uwaga 2: Jeśli potrzebny jest uchwyt o innej wartości, może być on badany zgodnie z wartościami/siłami uzgodnionymi między klientem/użytkownikiem a producentem.

8.1.1.4 Wymagania

Nie może wystąpić uszkodzenie, które mogłoby wpłynąć na właściwe funkcjonowanie uchwyty odciągowego.

Wyślizg żył przewodu w odniesieniu do części uchwyty będącej w kontakcie z przewodem nie powinien przekroczyć 10 mm.

SMFL uchwyty = 80% MBL przewodu, na jakim uchwyt będzie używany / stosowany.

W okolicznościach sprawy wskazać też należy, że Norma PN-EN 50483-2: 2009, na którą powołuje się Zamawiający w pkt 3.7.2.2. SWZ tj. w pkt. 1.2. Załącznika 1 do Załącznika 8 do SWZ stanowi:

(tłum.: "Ta Część 2 dotyczy urządzeń napinających w skład których wchodzi uchwyty przelotowe i odciągowe przeznaczone/zaprojektowane do montażu samonośnych przewodów izolowanych niskiego napięcia określonych w normie HD 626").

czyli jasno wskazuje, że ma tu zastosowanie przewód (NFA2X w polskiej nomenklaturze stosowane AsXSn) zdefiniowany normą HD 626.

Idąc dalej, w normie HD 626 SI: 1996 w części 4 — Sekcja F w tabeli nr 3 kolumna 4, w szczególności parametr wytrzymałości MBL dla przewodu 4x70 mm² mamy: 11,32

Czyli 95% x (4 x 11,32 kN)

Jeżeli zatem SMFL uchwyty = 80% MBL przewodu, na jakim uchwyt będzie używany / stosowany, to uchwyt z poz. 1/13 powinien wytrzymać:

$$\text{SMFL} = 80\% \times 95\% \times (4 \times 11,32 \text{ kN}) = 34,41 \text{ kN}$$

Oznacza to, że aby spełnić wymaganie SWZ, uchwyt powinien wytrzymać bez trwałego odkształcenia się siłę SMFL min. 34,41 kN (tj. parametr SMFL uchwyty winien wynosić min. 34,41 kN). Jak wspomniano wyżej siła MBL uchwyty SPIN403 zaoferowanego przez ASAJ w pozycji 1/13 wynosi 25 kN, co wynika wprost z certyfikatu producenta o nr Z/12/032/15/A2.

Raz jeszcze podkreślić należy, że parametr SMFL dla danego urządzenia zawsze musi być niższy niż parametr MBL, bowiem zawsze wraz ze zwiększeniem siły działania najpierw występuje trwale odkształcenie, a dopiero później zerwanie (nigdy odwrotnie) wyrobu.

Oznacza to, że produkt oferowany w poz. 1/13, tj. SPIN403 o parametrze MBL wynoszącym 25 kN posiada SMFL niższy niż 25 kN, a więc z pewnością niższe niż wymagane normą PN-EN 50483-2:2009 minimum 34,41.

Powyższa argumentacja odnosząca się do pozycji asortymentowych Zadania 1, numer: 1/13, 1/19, 1/20 wskazuje, iż ASAJ nie tylko złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, co stanowi podstawę do jej odrzucenia uregulowaną w art. 226 ust. 1 pkt 5 (w związku z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp, ale także wprowadził Zamawiającego w błąd, składając w ofercie niezgodne ze stanem faktycznym oświadczenia co do właściwości (parametru SMFL) ofertowanych produktów, co z kolei skutkowało winno odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy Pzp oraz w związku z pkt 3.1.1. SWZ..

ASAJ przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, bowiem dotyczące zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego. Powyższe działanie musiało nastąpić w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa ASAJ (albo zamierzonego działania), trudno bowiem zakładać, że ASAJ jako profesjonalista nie rozróżnia terminów MBL i SMFL, czy nie jest w stanie uzyskać od producenta (ALPAR) stosownej informacji.

Odnosząc się łącznie stwierdzonych nieprawdziwych informacji, ujętych w ofercie ASAJ Odwołujący wskazuje, iż z orzecznictwa KIO (dotyczącego co prawda art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, ale ze względu na podobieństwo przepisów mającego zastosowanie również do interpretacji art. 109 ust. 1 pkt 10 nowej ustawy Pzp) wynika, że przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub nawet przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z faktami, ich skutkiem zaś winno być pozostawanie zamawiającego w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy (vide: wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 576/17). Dla zaistnienia przesłanek wykluczenia, o których tu mowa wystarczające jest samo przedstawienie informacji "wprowadzających w błąd" zamawiającego, które to informacje dotyczą spełniania warunków lub mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Kwestia stopnia winy Wykonawcy we wprowadzeniu w błąd rozpatrywana jest z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności Wykonawcy. Ponad wszelką wątpliwość wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego mają obowiązek podawania

informacji prawdziwych, co oznacza, iż Wykonawcy jako profesjonalści działający na rynku, składając oświadczenia winni byli dochować należytej staranności przy sporządzaniu oferty.

W niniejszej sprawie nieprawdziwe informacje złożone zostały poprzez ich wyraźne podanie w formularzu oferty. Nie sposób nie przyjąć, że nieprawdziwe informacje nie zostały tam wprost ujęte w wyniku zamierzonego działania/ ukierunkowanego na wywołanie u Zamawiającego błędnego przekonania, że oferowane produkty są zgodne z SWZ, a co najmniej w wyniku niedbalstwa czy lekkomyślności.

Mając na uwadze powyższe, zaistnienie podstaw do odrzucenia oferty ASAJ złożonej w Zadaniu 1, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy PZP oraz w związku z pkt 3.1.1. SWZ jest ewidentne.

2) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 (w związku z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ASAJ z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia parametru produktu oferowanego w poz. 1/9 (Zadanie 1)

W pozycji 1/9 (Zadanie 1) Zamawiający wymaga zaoferowania: „zacisk odgałęźny jednostronnie przebijający izolację...” do linii niskiego napięcia.

W załączniku 8 do SWZ, dotyczącym wymagań technicznych przedmiotu zamówienia, w punkcie 1.3 ppkt. 1.3.1 g) Zamawiający wymaga, aby zaciski przebijające izolację: „zapewniały bezpieczeństwo obsługi przy pracach pod napięciem (poprzez np. brak napięcia na dostępnych elementach osprzętu typu zacisk do linii izolowanych)” .

Firma ASAJ w pozycji 1/9 zaoferowała zacisk typu Z41 (producent — firma ALPAR), który nie spełnia ww. wymagania. W dolnej części posiada on otwór, w którym znajduje się łatwo dostępny np. palcem/ręką, element metalowy będący pod napięciem w trakcie eksploatacji ww. zacisku. Wynika to z faktu, że zacisk ten oryginalnie przeznaczony jest do innego celu, tj. do pracy łącznie z ogranicznikami niskiego napięcia — w takim przypadku w ww. otwór zostaje wkręcony ogranicznik i taki „komplet” nie ma żadnych łatwo dostępnych elementów, na których może być napięcie. W przypadku zastosowania produktu jako zacisku odgałęźnego jednostronnie przebijającego izolację ogranicznik napięcia nie jest montowany na zacisku i na dostępnym elemencie osprzętu obecne pozostaje napięcie.

Oznacza to, że produkt zaoferowany w poz. 1/9 jest niezgodny z treścią warunków zamówienia, a więc oferta ASAJ podlega odrzuceniu.

3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 (w związku z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ALPAR z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) w

zw. z art. 362 pkt 1 ustawy Pzp oraz w związku z pkt 3.1.1. SWZ z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd (dot. Zadania 1, poz. 1/12, 1/13, 1/19, 1/20, 1/9)

W części 1 zamówienia ALPAR zaoferował Zamawiającemu dokładnie te same produkty (niezgodne z SWZ) w odniesieniu do pozycji 1/12, 1/13, 1/19, 1/20, 1/9, co wykonawca ASAJ. Ponadto ALPAR, tak samo jak ASAJ, w sposób wprowadzający Zamawiającego w błąd oświadczył, że produkty wskazane w poz. 1/12, 1/13, 1/19, 1/20 spełniają wymagania określone w SWZ.

Biorąc pod uwagę, że oferta ALPAR została w tym zakresie skonstruowana analogicznie jak oferta ASAJ, argumentacja ujęta w pkt II ppkt 1) i 2) uzasadnienia odwołania odnosi się odpowiednio również do oferty ALPAR (w zakresie zarzutów i żądań).

4) naruszenie art. 107 ust. 2 (w związku z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ASAJ do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (dot. Zadanie 1, poz. 1/1 i 1/3 i 1/6 i 1/7 oraz 4/1, 5/1, 8/1, 9/1, 10/1, 11/1, 12/1, 13/1, 14/1, 15/1, 16/1, 19/1, 20/1)

W pkt 3.7. SWZ Zamawiający określił jakie przedmiotowe środki dowodowe Wykonawcy zobowiązani są złożyć na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego, żądając, w odniesieniu do Zadania 1, m.in.:

„3.7.2.2. Certyfikat Zgodności dla osprzętu do izolowanych linii napowietrznych nN tj. dla uchwytów odciągowych, uchwytów przelotowych, uchwytów przelotowo-narożnych, złączy, zacisków jedno i dwustronnie przebijających izolację, zacisków do zakładania uzemień potwierdzający zgodność osprzętu z odpowiednimi normami określonymi w Załączniku nr 1 do Wymagań technicznych dla osprzętu do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A. stanowiących Załącznik nr 8 do SWZ. Certyfikat Zgodności dla uchwytów odciągowych i zacisków powinien zawierać informację o temperaturze określonej w Wymaganiach technicznych dla osprzętu do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A. stanowiących Załącznik nr 8 do SWZ.”

Zgodnie z treścią art. 107 ust. 1 ustawy Pzp, ww. dokumenty winny być złożone wraz z ofertą.

Analiza treści oferty ASAJ wskazuje, że dla poz. 1/1 i 1/3 i 1/6 i 1/7 (Zadanie 1) ww. certyfikaty nie zostały do oferty załączone (udostępniona Odwołującemu oferta ASAJ nie zawiera tych certyfikatów ani żadnej adnotacji, np. listy załączników, z której wynikałoby, że takie dokumenty zostały wraz z ofertą złożone).

Biorąc pod uwagę treść pkt 3.7. SWZ in fine, w którym Zamawiający przewidział uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych, a także brzmienie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, w tym stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany był wezwać ASAJ do uzupełnienia

ww. certyfikatów w wyznaczonym terminie. Niemniej jednak, udostępniona przez Zamawiającego korespondencja z Wykonawcą ASAJ nie zawiera przedmiotowego wezwania (jak też nie zawiera ww. dokumentów przedmiotowych).

Wskazać więc należy, że Zamawiający naruszył art. 107 ust. 2 ustawy Pzp a wybór ASAJ w zadaniu 1 był co najmniej przedwczesny. Ewentualny brak uzupełnienia ww. dokumentu przez ASAJ zobowiązywać będzie Zamawiającego do odrzucenia oferty, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Na marginesie Odwołujący wskazuje, iż Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego w Postępowaniu nie tylko o udostępnienie oferty ASAJ i następcej korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z tym Wykonawcą (co zostało udostępnione Odwołującemu w dniach 22.09 i 26.10), ale również - w dniu 17.12.2021 roku - o udzielenie informacji nt.: zawartości oferty ASAJ, w szczególności o informację, które z żądanych w SWZ przedmiotowych środków dowodowych zostały załączone do oferty ASAJ, ale nie zostały udostępnione Odwołującemu z uwagi na ewentualne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i Odwołujący nie uzyskał odpowiedzi na ww. pismo. W tej sytuacji Odwołujący musi zakładać, iż ww. oświadczeń w ofercie ASAJ nie było, jak również, że Zamawiający nie dokonał wezwania do ich uzupełnienia, a także, że nie zostały uzupełnione.

Analiza treści oferty ASAJ, złożonej na Zadanie 1 wskazuje, iż wymagane w pkt 3.7.2.2. SWZ certyfikaty, złożone dla produktów firmy ALI)AR dla poz.: 2/1, 4/1, 5/1, 8/1, 9/1, 10/1, 11/1, 12/1, 13/1, 14/1, 15/1, 16/1, 19/1, 20/1 są każdorazowo niekompletne. Na dole pierwszej strony każdego z certyfikatów znajduje się bowiem zapis: „Raport z badań stanowi integralną część niniejszego certyfikatu”.

Tym samym, wolą wystawcy certyfikatu treść certyfikatu obejmuje nie tylko dokument o tej nazwie, ale także Raport z badań. Inaczej mówiąc, w odniesieniu do ww. pozycji ASAJ złożył Zamawiającemu niekompletne certyfikaty, bowiem nie zawierały one raportów z badań, które zgodnie z literalną treścią tych dokumentów, stanowią „integralną część certyfikatu”.

Biorąc pod uwagę treść: pkt 3.7. SWZ in fine, a także brzmienie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, w tym stanie faktycznym Zamawiający również zobowiązany był wezwać ASAJ do uzupełnienia integralnej części ww. certyfikatów w wyznaczonym terminie, a udostępniona przez Zamawiającego korespondencja z Wykonawcą ASAJ nie zawiera przedmiotowego wezwania, ani uzupełnionych certyfikatów.

Wskazać więc należy, że Zamawiający naruszył art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, a wybór ASAJ w Zadaniu 1 był co najmniej przedwczesny. Ewentualny brak uzupełnienia ww. dokumentu przez ASAJ będzie zobowiązywać Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

- 5) Naruszenie art. 107 ust. 2 (w zw. z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ALPAR do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (dot. Zadanie 1, poz. 1/1 i 1/3 i 1/6 i 1/7 oraz 2/1, 4/1, 5/1, 8/1, 9/1, 10/1, 11/1, 12/1, 13/1, 14/1, 15/1, 16/1, 19/1, 20/1)**

Argumentacja ujęta w pkt II ppkt 4) uzasadnienia odwołania odnosi się odpowiednio do Wykonawcy ALPAR.

- 6) naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 (w związku z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty ALPAR, pomimo iż podlega ona odrzuceniu oraz art. 16 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp poprzez naruszenie naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.**

Mając na uwadze stwierdzone w pkt 1 uzasadnienia odwołania naruszenia ustawy Pzp, należy uznać, iż doszło również do naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty ALPAR, pomimo że polega ona odrzuceniu, a także art. 16 pkt 1) i 2) tej ustawy, ponieważ niewątpliwie sytuacja, w której zamawiający na równi traktuje ofertę, która winna zostać odrzucona, jak i ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, stanowi naruszenie zasad zamówień publicznych.

- III. naruszenie art. 74 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 16 pkt 1-2 oraz art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia (udostępnienia Odwołującemu) informacji o zawartości oferty ASAJ, tj. które z przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w ppkt 3.7.2.1. — 3.7.2.11 SWZ nie zostały załączone do oferty ASAJ, oraz które zostały załączone do oferty ASAJ, ale nie zostały udostępnione Odwołującemu z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa,**

W Rozdziale 3 w pkt 3.7 (Wymagania dla dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia tych wymagań) SWZ Zamawiający określił katalog przedmiotowych środków dowodowych, jakich żąda od wykonawców.

W dniu 17.12.2021 roku Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie informacji nt. zawartości oferty ASAJ, w szczególności o informację, które z żądanych w SWZ przedmiotowych środków dowodowych zostały załączone do oferty ASAJ, ale nie zostały udostępnione Odwołującemu z uwagi na ewentualne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, które Zamawiający uznał za skuteczne, jednakże do dnia wniesienia niniejszego odwołania, nie uzyskał odpowiedzi od Zamawiającego.

Odwołujący podnosi, że bezprawne zaniechanie przez Zamawiającego udzielenia powyższej informacji uniemożliwia (a co najmniej znacząco utrudnia) weryfikację przez wykonawców poprawności działań Zamawiającego w zakresie oceny oferty wyłonionej jako najkorzystniejsza, co narusza podstawowe zasady zamówień publicznych, w szczególności zasadę jawności oraz przejrzystości i równego traktowania. Odwołujący dostrzegając brak dokumentu w ofercie nie ma pewności, czy nie został złożony, czy jedynie nie został mu udostępniony, co ma wpływ na brzmienie zarzutów. Brak odpowiedzi Zamawiającego na wniosek Odwołującego świadczy o braku woli poddania się przez Zamawiającego weryfikacji Jego czynności w Postępowaniu, do czego Odwołujący ma pełne prawo. Brak udzielenia informacji o przedmiotowych środkach dowodowych złożonych przez ASAJest zatem naruszeniem art. 74 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 18 ust. 1 ustawy Pzp.

IV. naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia(udostępnienia Odwołującemu) dokumentów ASAJ, które zostały załączone do oferty a Zamawiający ich nie udostępnił uznając że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie zostały one w ogóle zastrzeżone, ewentualnie nie zostały zastrzeżone skutecznie

Jak wspomniano, odmowa udostępnienia oferty / załączników do oferty jest usprawiedliwiona wyłącznie w przypadku, gdy zachodzi sytuacja określona w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą one być udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z powyższym, dopuszczalne jest nieudostępnienie określonych elementów treści ofert lub załączników do ofert (informacji), jeżeli łącznie spełnione są poniższe przesłanki:

- 1) wykonawca wraz z przekazaniem informacji zastrzegł, że nie mogą one być udostępnione
 - 2) i jednocześnie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
- Niespełnienie choćby jednej z nich skutkuje uznaniem, że nie zachodzą okoliczności wyłączające obowiązek udostępnienia oferty / załączników do oferty, a tym samym, że Zamawiający zobowiązany jest do przekazania ich wnioskodawcy.

W przypadku oferty ASAJ nie została spełniona żadna z powyższych przesłanek.

Ad.1

Przedmiotowe środki dowodowe składane są wraz z ofertą, co wynika przede wszystkim z art. 107 ust. 1 ustawy Pzp, przy czym w niniejszym postępowaniu wymóg ten został także

powtórzony przez Zamawiającego w SWZ (Rozdział 4 pkt 4.2.1.12). W myśl art. 18 ust. 3 ustawy Pzp (który stanowi o zastrzeżeniu informacji wraz z ich przekazaniem) zastrzeżenie przez wykonawcę tajemnicy tychże przedmiotowych środków dowodowych składanych wraz z ofertą powinno zatem dla swej skuteczności nastąpić w ofercie. Wraz z zastrzeżeniem informacji wykonawca powinien zawrzeć w ofercie uzasadnienie (wykazanie), iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie ma wiedzy, by w ofercie ASAJ dokonano zastrzeżenia, albowiem Zamawiający nie udzielił informacji w tym zakresie (vide zarzut w pkt III uzasadnienia odwołania). Jednakże treść oferty / dokumentów, które zostały Odwołującemu przekazane nie wskazuje, by ASAJ takiego zastrzeżenia w ogóle dokonał, w szczególności w spisie załączników do formularza ofertowego nie wymieniono uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego świadczy to o tym, że w ofercie ASAJ brak jest takiego zastrzeżenia.

Należy więc uznać, że ASAJ nie złożył w ofercie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednym dokumentem zawartym w ofercie ASAJ odnoszącym się do tajemnicy jest oświadczenie firmy ENSTOPOL, jednego z poddostawców ASAJ, iż certyfikaty zgodności i badania typu osprzętu ENSTO stanowią jego (ENSTOPOL) tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie sposób jednak uznać, by dokument ten stanowił dokonanie przez ASAJ zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przede wszystkim oświadczenie to jest kierowane przez ENSTOPOL do ASAJ, i to ASAJ, a nie żaden inny podmiot, w tym Zamawiający, jest adresatem oświadczenia. Po drugie, art. 18 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż to wykonawca, a nie inny podmiot, dokonuje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazuje zamawiającemu zasadność tegoż zastrzeżenia. Oświadczenie poddostawcy (tu: ENSTOPOL) może co najwyżej stanowić uprawdopodobnienie tego, iż wykonawca (tu: ASAJ) — jako zobowiązany do zachowania określonych informacji w poufności zasadnie zastrzega je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie może jednak zastąpić czynności samego wykonawcy polegających na złożeniu Zamawiającemu oświadczenia o zastrzeżeniu informacji jako poufnych i wykazaniu zasadności tego zastrzeżenia. Tym samym nie sposób uznać, że ASAJ dokonał jakiegokolwiek zastrzeżenia tajemnicy oraz nie wykazał przesłanek tajemnicy.

Wprawdzie składając wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp (dotyczące rażąco niskiej ceny) ASAJ złożył pismo datowane na dzień 30.11.2021r. pn. „UZASADNIENIE UTAJNIENIA DOKUMENTÓW”, w którym oświadcza, że „informacje, które zostały objęte zastrzeżeniem w nazwie "Dokumenty tajne „oraz przesłane przez platformę zakupową z zaznaczeniem opcji „Niejawne” nie są jawne, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”, jednak jego treść nie wskazuje, by miało ono dotyczyć przedmiotowych środków dowodowych

złożonych w ofercie. W ocenie Odwołującego dotyczy ono wyłącznie dokumentów składanych jako dowody w procesie wyjaśnienia ceny oferty. Nawet jednak jeżeli ASAJ - pisząc o dokumentach tajnych („Dokumenty tajne „oraz przesłane przez platformę zakupową z zaznaczaniem opcji „Niejawne”) miał ewentualnie na uwadze przedmiotowe środki dowodowe złożone wraz z ofertą, to ich zastrzeżenie w późniejszym terminie niż w chwili ich złożenia Zamawiającemu, jest w świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nieskuteczne.

Odwołujący zwraca też uwagę, że nawet jeżeli przedmiotowe środki dowodowe złożone przez ASAJ w ofercie zostały przez tego wykonawcę oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa (np. poprzez złożenie w odrębnym pliku z oznaczaniem „niejawne” lub podobnie), to nie jest to wystraszające do przyjęcia przez Zamawiającego, iż uprawniony jest do zastosowania art. 18 ust. 3 ustawy PZP i odmowy ich udostępnienia Odwołującemu. Jak to bowiem wyżej Odwołujący wskazał, nie wystarczy samo zastrzeżenie, że określona informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa, niezbędne jest jednocześnie wykazanie przez wykonawcę, że informacja ta jest tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tego zaś ASAJ nie uczynił, gdyż — co wyżej zostało podniesione — nie złożył wraz z ofertą żadnego uzasadnienia, w którym zawarłby wykazanie zastrzeżenia. W szczególności zaś za takie „wykazanie” zasadności zastrzeżenia przedmiotowych środków dowodowych przez ASAJ nie może być uznane, z przyczyn przez Odwołującego powyżej wskazanych, ani oświadczenie ENSTO, ani pismo ASAJ z dnia 30.11.2021 r. Podkreślić również należy, że dokument zawierający uzasadnienie zastrzeżenia nie może być zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, a nawet gdyby taka niedozwolona praktyka miała miejsce w niniejszym Postępowaniu, to informacja o samym istnieniu takiego dokumentu powinna zostać przekazana Odwołującemu, co w okolicznościach sprawy również nie miało miejsca.

Zatem nawet jeżeli ASAJ oznaczył przedmiotowe środki dowodowe jako tajemnica przedsiębiorstwa, to bez jednoczesnego złożenia w ofercie uzasadnienia (wykazania) zasadności zastrzeżenia, zastrzeżenie takie jest nieskuteczne.

Podniesione okoliczności są już wystraszające dla uznania, że Zamawiający - z naruszeniem art. 18 ust. 3 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zaniechał ujawnienia (udostępnienia Odwołującemu) niezastrzeżonych (względnie nieskutecznie zastrzeżonych) dokumentów ASAJ, które zostały załączone do oferty, a Zamawiający ich nie udostępnił uznając, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niemniej — z ostrożności — Odwołujący wskazuje także na poniższe.

Ad.2

Na wypadek, gdyby w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych ASAJ złożył w ofercie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którego Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu (jak również nie poinformował Odwołującego, że taki dokument został złożony, ale np. jest objęty uznaną przez Zamawiającego tajemnicą przedsiębiorstwa) lub gdyby Izba uznała, że wspomniane wyżej oświadczenie ENSTOPOL lub pismo ASAJ z dnia 30.11.2021r. można uznać za zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowych środków dowodowych, Odwołujący wskazuje także, że ASAJ nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy przy tym podkreślić, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska, a nie wyłącznie złożenia oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niewątpliwie zaś nie może być uznane za „wykazanie” przedstawienie ogólnej deklaracji, że przedstawione informacje spełniają przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tak m. in. w wyrokach KIO o sygn. akt: KIO 2131/18, KIO 1339/18, KIO 200/18, KIO 154/18.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Odwołującego ASAJ nie wykazał żadnej z przesłanek określonych art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przede wszystkim ASAJ nie udowodnił, iż informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Konieczne jest więc wykazanie, że taka

informacja — o ile pozostaje poufna - jest dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwala mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. ASAJ jednak w żaden sposób nie wykazał Zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informuje pozostałą poufną, ani jaką wartość gospodarczą niesie to dla wykonawcy. Nie wykazał więc, ani charakteru, ani rozmiaru rzekomej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

W przypadku pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, uzasadnienie ASAJ także nie wypełnia dyspozycji art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi bowiem w istocie wyłącznie gołosłowne i pozbawione dowodów oświadczenie wykonawcy, że przedstawione informacje wypełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności ASAJ nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, iż podjął stosowne środki mające na celu zachowanie rzeczonych informacji w poufności. Sama deklaracja, że podjęto odpowiednie kroki ku temu, by zachować zastrzegane informacje w poufności bez szczegółowych informacji na ten temat, a w szczególności bez załączenia żadnego dowodu na potwierdzenie, że wskazywane działania rzeczywiście mają miejsce, nie stanowi o „wykazaniu” w rozumieniu art. 18 ust 3 ustawy Pzp.

Wobec braku wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, należy uznać, iż zastrzeżenie poufności ma na celu wyłącznie ograniczenie prawa konkurencji do kontroli czynności Zamawiającego i weryfikacji spełniania przez ASAJ wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, a nie uniemożliwienia dostępu do informacji stanowiących rzeczywistą tajemnicę przedsiębiorstwa

Nawet zatem gdyby Izba stanęła na stanowisku, iż oświadczenie ENSTO lub pismo ASAJ z dnia 30.11.2021 r. można uznać za zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowych środków dowodowych, to zdaniem Odwołującego ASAJ nie wykazał w nich, iż zastrzeżenie to jest zasadne w świetle przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jednocześnie, mając na uwadze niezwykle ogólną treść uzasadnienia w piśmie ASAJ z dnia 30.11.2021 r., zdaniem Odwołującego ASAJ nie sprostął także wykazaniu przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w ewentualnym uzasadnieniu zastrzeżenia przedmiotowych środków dowodowych (o ile złożył je wraz z ofertą, a Zamawiający tego uzasadnienia Odwołującemu nie udostępnił).

Podsumowując, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający uchybił obowiązkom ustawowym i nie dokonał rzetelnej oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez ASAJ w odniesieniu do informacji zawartych przedmiotowych środkach dowodowych, a ostatecznie naruszył art. 18 ust. 3 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp nie udostępniając Odwołującemu tych dokumentów.

Z tych powodów Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Do postępowanie odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca Sicame Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako Sicame) po stronie Zamawiającego wykonawcy ALPAR A. i P. K. Spółka jawna z siedzibą w Kozienicach (dalej jako Alpar), ASAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (dalej jako Asaj) oraz Ensto Pol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie (dalej jako Ensto Pol).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę Sicame Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz po stronie Zamawiającego przez wykonawców Asaj Sp. z o.o. siedzibą w Siedlcach oraz Alpar A. i P. K. Sp. Jawna z siedzibą w Kozienicach i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika Postępowania.

Odwołujący wycofał zarzuty podniesione w odwołaniu w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 362 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ASAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach oraz ENSTOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie w zakresie zadania nr 4, oraz poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ASAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach i Alpar A. i P.K. Spółka jawna z siedzibą w Kozienicach w zakresie zadania nr 1 dla pozycji 1/9 formularza ofertowego, podniesionych w pkt II.1) petitum odwołania, w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 107 ust. 2 w związku z art. 362 pkt 1 Prawo zamówień

publicznych w całości w zakresie zadania nr 4 oraz w zakresie zadania nr 1 dla pozycji: 1/1, 1/3, 1/6 i 1/7 formularza ofertowego, podniesionych w pkt II. 3) petitum odwołania, w zakresie zarzutu podniesionego w pkt II. 4) w części dotyczącej zadania nr 4, w zakresie zarzutu podniesionego w pkt II. 5) petitum odwołania.

Zamawiający uwzględnił zarzut podniesiony w pkt II. 6) petitum odwołania.

Wobec cofnięcia przez Odwołującego zarzutów podniesionych w zakresie zadania nr 4, Izba uwzględniła opozycję Odwołującego w zakresie braku interesu w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w zakresie zadania 1, przez wykonawcę Enstopol Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie. Wykonawca Enstopol Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie nie złożył oferty w zakresie zadania nr 1, zatem nie posiada interesu w rozstrzygnięciu odwołania w zakresie zadania 1 na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła :

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający przez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub przez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w związku z potwierdzeniem się zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 (w związku z art. 362 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców ASAJ i ALPAR z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy Pzp oraz w związku z pkt 3.1.1. SWZ z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do parametru SMFL oferowanych produktów dla Zadania nr 1.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści SWZ – Formularz ofertowy, Osprzęt do linii napowietrznych izolowanych nN, dla parametru SMFL ustanowił następujące wymagania:

- dla uchwytu wskazanego w poz. 1/13 - SMFL - zgodnie z normą,
- dla uchwytu wskazanego w poz. 1/19 - SMFL o wartości co najmniej 40 kN,
- dla uchwytu wskazanego w poz 1/20 - SMFL o wartości co najmniej 18 kN.

Zgodnie z treścią SWZ - pkt 3.7 Wymagania dla dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiający wymagał:

3.7.1 Wymaga się, aby oferowane produkty spełniały wymagane przez Zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w szczegółowym opisie Przedmiotu Zamówienia, o którym mowa w pkt 2.1.2. SWZ

3.7.2 Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania Wykonawca przekaże Zamawiającemu :

W zakresie osprzętu do linii napowietrznych nN:.

(...)

3.7.2.2 Certyfikat Zgodności dla osprzętu do izolowanych linii napowietrznych nN tj. dla uchwytów odciągowych, uchwytów przelotowych, uchwytów przelotowo-narożnych, złączek, zacisków jedno- i dwustronnie przebijających izolację, zacisków do zakładania uziemień potwierdzający zgodność osprzętu z odpowiednimi normami określonymi w Załączniku nr 1 do Wymagań technicznych dla osprzętu do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A. stanowiących Załącznik nr 8 do SWZ. Certyfikat Zgodności dla uchwytów odciągowych i zacisków powinien zawierać informację o temperaturze określonej w Wymaganiach technicznych dla osprzętu do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A. stanowiących Załącznik nr 8 do SWZ.

(...)

3.7.2.10 Oświadczenie o spełnieniu wymagań określonych w Załączniku nr 8 do SWZ „Wymagania techniczne dla osprzętu do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A.” (zgodnie z wzorem oświadczenia zawartym w SWZ)

Powyższe wskazuje, że na potwierdzenie spełnienia parametrów dla siły SMFL Zamawiający wymagał złożenia jedynie oświadczenia własnego wykonawcy, bez konieczności wykazania spełnienia parametru SMFL na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, za pomocą innych dokumentów o charakterze technicznym. Jednakże dla potwierdzający zgodność osprzętu wskazanego w powyższych pozycjach z odpowiednimi normami określonymi w Załączniku nr 1 do Wymagań technicznych dla osprzętu do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN, Zamawiający wymagał złożenia Certyfikatu Zgodności.

Łącznie z ofertą wykonawcy Asaj i Alpar złożyli wymagane przez Zamawiającego Certyfikaty Zgodności potwierdzające zgodność produktów z odpowiednimi normami oraz oświadczenie, potwierdzające zgodność oferowanych produktów w zakresie wymaganego parametru SMFL.

W treści złożonych do oferty Certyfikatów Zgodności wskazana została wartość parametru MBL, który jest parametrem wyjściowym do obliczenia wymaganego parametru SMFL.

Jak wykazał Odwołujący w odwołaniu (ponadto nie było to kwestią sporną między stronami) parametr MBL (minimum breaking load) oznaczający minimalną siłę zrywającą jest zawsze większy od parametru SMFL (specified minimum failure load), oznaczającego określone minimalne obciążenie uszkadzające. Aby nastąpiło zniszczenie produktu, na produkt musi oddziaływać większa siła, niż siła, która powoduje jedynie uszkodzenie produktu.

Dla uchwytu oferowanego przez wykonawców Asaj i Alpar w pozycji 1/19 Z 226, dla którego Zamawiający wymagał SMFL o wartości co najmniej 40 kN, treść certyfikatu określa wartość MBL 40 kN. Dla uchwytu oferowanego przez wykonawców Asaj i Alpar w pozycji 1/20 Z 224M, dla którego Zamawiający wymagał SMFL o wartości co najmniej 18 kN, treść certyfikatu określa wartość MBL 18 kN. Odwołujący zarzucił zatem, iż jeżeli wartość MBL jest na ww. poziomie, to wartość parametru SMFL musi być niższa, co w konsekwencji świadczy o niezgodności treści ofert (dla pozycji 1/19 i 1/20) z warunkami zamówienia.

Obaj Przystępujący (Asaj i Apar) w pismach procesowych z dnia 2 stycznia 2022 r. wskazali dla pozycji 1/19 1/20, że przedstawione przez Odwołującego założenia zawierają pewne uproszczenia. Jedno z nich polega na założeniu, że parametr MBL stanowi wartość określoną przez producent w toku badań, jednak w rzeczywistości parametr MBL może być wyższy niż podany przez producenta i wskazany w Certyfikacie Zgodności. Taka sytuacja zachodzi w stosunku do produktów zaoferowanych w pozycjach 1/19 i 1/20 formularza ofertowego, gdzie inny parametr (siła) MBL wynika z Certyfikatu Zgodności, a inny, odnoszący się do rzeczywistego poziomu siły MBL wynika z przeprowadzonych badań. Na potwierdzenie powyższego, Przystępujący Alpar (producent uchwytów) załączył do pisma procesowego z dnia 2 stycznia 2022 r. wyniki badań dla uchwytów wskazanych w poz. 1/19 i 1/20 formularza ofertowego.

W ocenie Izby argumentacja Przystępujących nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba oparła się na definicji siły MBL wskazanej w normie PN-EN 50483-2:2009 (wymienionej przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do Załącznika nr 8 do SWZ, tzn. mającej zastosowanie do przedmiotu zamówienia), zgodnie z którą:
(tłumaczenie) minimalna siła zrywająca (MBL) to:
minimalna siła zrywająca przewodu podana w normie HD 626, lub podana przez producenta jeśli nie jest zdefiniowana w normie, lub minimalna siła zrywająca podana przez producenta uchwytu.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że siła MBL to minimalna siła zrywająca podana w normie lub minimalna siła podana przez producenta. W ocenie Izby stanowisko Przystępujących odnoszące się do rzeczywistej siły MBL jako wartości właściwej do wyliczenia siły SMFL jest niezasadne. Siła MBL to zawsze siła minimalna, a nie rzeczywista. Definicja siły MBL nie odnosi się do siły rzeczywistej - lecz do siły minimalnej, a w jej zakresie nie mieści się odniesienie do rzeczywistej siły zrywającej. Niezasadnym jest zatem rozróżnianie dwóch wartości siły MBL, jednej jako wynikającej z Certyfikatu (MBL), a drugiej jako rzeczywistej siły MBL. Siła MBL jest tylko jedna, wynikająca z Certyfikatu Zgodności i nie należy jej utożsamiać (zwłaszcza w odniesieniu do obliczeń innych parametrów, które wyraźnie odwołują się do wartości MBL) z rzeczywistą siłą zrywającą. W ocenie Izby rzeczywista siła zrywająca nie mieści się w definicji siły MBL wynikającej z normy lub deklaracji producenta, określonej jako siła minimalna - a nie rzeczywista i nie może być podstawą do obliczenia wartości siły SFML.

Stanowisko Izby znajduje również potwierdzenie w przedłożonych przez Przystępującego wynikach badań dla pozycji 1/19 i 1/20, gdzie wyraźnie wskazana jest wartość MBL na poziomie wynikającym z Certyfikatu Zgodności dla tych produktów, a wartość, którą Przystępujący określa jako „rzeczywiste MBL” wynikające z badań, została określona jako „wartość siły zrywającej”. Nie znajduje zatem uzasadnienia twierdzenie o sile MBL i rzeczywistej sile MBL. Siła MBL jest tylko jedna (minimalna), i to wyłącznie wartość MBL wskazana w certyfikacie może być podstawą do wyliczenia wartości SMFL.

Zatem jako wartość właściwą do wyliczenia parametru SMFL, który obliczany jest jako 80% siły MBL (okoliczność niesporna między stronami) należy przyjąć wartość parametru MBL wynikającą z Certyfikatu Zgodności a nie rzeczywistą siłę zrywającą, do której nie odnosi się wartość SMFL.

Wobec powyższego, produkty zaoferowane przez Przystępujących Asaj i Alpar w pozycjach 1/19 i 1/20 nie spełniają wymagań wynikających z warunków zamówienia w zakresie parametru SMFL, co skutkuje koniecznością odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy Pzp.

W odniesieniu do uchwytu wskazanego w Formularzu Ofertowym w pozycji 1/13 SPIN 403, Zamawiający wymagał spełnienia parametru SMFL - zgodnie z normą, bez określenia minimalnej wartości SMFL i odniesienia do konkretnej normy.

Odwołujący wykazał, powołując się na dowód z Opinii Instytutu Energetyki, iż właściwą dla tego parametru normą jest norma EN 61284:1997 (PN-EN 61284:2002) (wymieniona przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do Załącznika nr 8 do SWZ, tzn. mająca zastosowanie do przedmiotu zamówienia), co również potwierdzili Przystępujący Asaj i Alpar w piśmie z 2 stycznia 2022 r. Odwołujący wykazał również wartość siły SMFL, odpowiadającej wartości wynikającej z ww. normy, dla wiązki przewodów o przekroju wymaganym przez

Zamawiającego, tj. na poziomie ok. 33 kN. Izba uznała za wiarygodny dowód złożony przez Odwołującego (wskazujący sposób wyliczenia wartości SMFL) w postaci opinii Instytutu Energetyki - Jednostki Certyfikującej Akredytowanej przez PCA z dnia 5 stycznia 2022 r.

Wartość parametru obliczona przez Instytut Energetyki nie została zakwestionowana ani przez Zamawiającego ani przez Przystępujących Asaj i Alpar, zatem na podstawie art. 533 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym *gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane* Izba uznała, że wartość parametru SMFL dla produktu zaoferowanego przez Przystępujących Asaj i Alpar w poz. 1/13, wykazana przez Odwołującego jest prawidłowa.

Wskazać należy, iż Przystępujący Alpar, w piśmie procesowym z dnia 2 stycznia 2022 r. zakwestionował prawidłowość wyliczeń wskazanych w odwołaniu, podważając poprawność przyjętych do wyliczeń założeń, jednak sam nie wskazał wartości SMFL, która według niego – jako producenta uchwytu Spin 403 jest właściwa. Ponadto dowód z opinii Instytutu Energetyki został złożony jako załącznik do pisma procesowego Odwołującego z dnia 7 stycznia 2022 r., to jest, już po stanowisku Przystępującego Alpar z 2 stycznia 2022 r. i nie został ani w piśmie z 11 stycznia 2022 r. ani na rozprawie zakwestionowany.

Przystępujący Asaj i Alpar w pozycji 1/13 formularza ofertowego zaoferowali uchwyt o nazwie SPIN 403, dla którego zgodnie z Certyfikatem Zgodności wartość MBL wynosi 25 kN. Wartość dla MBL na poziomie 25 kN została również potwierdzona wynikami badań załączonymi przez Przystępującego Alpar – producent uchwytu SPIN 403, do pisma procesowego z 2 stycznia 2022 r. Przystępujący wyraźnie wskazał, że oferowany *produkt został poddany badaniu przez certyfikowane laboratorium na wysokość parametru SMFL, którego wartość określa załączony raport z badania. Na podstawie wyników badania Przystępujący mógł potwierdzić zgodność oferowanego produktu z wymaganiami normy.* Na potwierdzenie powyższego stanowiska, Przystępujący załączył Sprawozdanie z badań wyrobu – uchwytu SPIN403. Sprawozdanie z badań zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Analizując treść ww. sprawozdania z badań Izba doszła do przekonania, że stanowisko prezentowane przez Przystępującego Alpar, nie znajduje potwierdzenia w treści wyników badań. Z uwagi na objęcie Sprawozdania z Badań tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba nie może odnieść się szczegółowo do jego treści. Wskazuje jedynie, że wyniki przeprowadzonych badań nie potwierdzają, że wartość siły SMFL dla uchwytu SPIN 403 jest zgodna z normą, tj. jest zgodna z wartością wykazaną przez Odwołującego, jako wartość odpowiadająca normie, tj. 33 kN.

Izba nie uwzględniła sprawozdania z badań załączonego przez Przystępującego Alpar do pisma procesowego z dnia 11 stycznia 2022 r., którego treść miała potwierdzać spełnienie

parametru SMFL na poziomie wymaganym przez Zamawiającego. Izba wskazuje, że po pierwsze wyniki badań odnoszące się do zaoferowanego produktu zostały już załączone do pisma z 2 stycznia 2022 r, w którym Przystępujący wyraźnie wskazał, że odnoszą się one do produktów zaoferowanych w ofercie, po drugie zostały one przeprowadzone przy przyjęciu do obliczeń założeń innych, niż przy wcześniejszym badaniu (wskazanym jako właściwe) w szczególności dla parametru MBL. Parametr ten został określony na innym poziomie niż wskazany w certyfikacie dla produktu SPIN 403. Oczywistym jest, iż przy zmienionych danych wyjściowych wyniki badań będą inne. Podkreślając, iż nie opierają się one na wartości parametru MBL wynikającym z Certyfikatu Zgodności dla uchwytu SPIN 403, lecz na parametrze o innej wielkości, Izba nie mogła uznać, iż wyniki te odnoszą się do produktów zaoferowanych w ofercie, dla których złożony został Certyfikat Zgodności. Ponadto Przystępujący Alpat w żaden sposób nie odniósł się zmienionej wielkości parametru siły MBL, nie jest wiadomym dlaczego, na potrzeby przeprowadzenia nowego badania, parametr MBL został przyjęty na zmienionym poziomie.

Podsumowując, Izba doszła do przekonania, że produkty zaoferowane przez Przystępujących Asaj i Alpar w pozycjach 1/13, 1/19 i 1/20 dla których siła MBL została określona w Certyfikacie Zgodności - a wartości której skutecznie nie podważył ani Zamawiający ani Przystępujący, przy założeniu (które nie było sporne dla stron), że wartość siły MBL musi być wyższa niż siły SMFL produkty te nie spełniają wymagań zawartych w SWZ. Zatem zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który wskazuje, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*, Zamawiający winien odrzucić oferty złożone przez Przystępujących Asaj i Alpar.

Izba Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą, dla Zamawiającego wystarczające było złożenie oświadczenia o spełnieniu parametru SMFL zgodnie z wymaganiami SWZ, ponieważ Zamawiający nie weryfikował prawdziwości oświadczenia i parametru, podkreśla, że nie zasługuje ona na uwzględnienie. Zwłaszcza w okolicznościach, w których wiarygodny parametr MBL został podany w Certyfikacie Zgodności a Zamawiający miał wiedzę iż MBL jest zawsze większe niż SMFL, i że podane wartości świadczą wprost o niespełnieniu wymagań określonych w SWZ. Argumentacja taka, nie może zostać uwzględniona, bowiem obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba zwraca również uwagę na okoliczność, że to Zamawiający wyodrębnił parametry SMFL z pośród innych parametrów i przypisał im określoną wartość minimalną, co oznacza, iż ich spełnienie było dla Zamawiającego istotne, w przeciwnym wypadku, nie wskazywałby

tych parametrów w SWZ i nie żądał ich spełnienia. Ponadto to, w jaki sposób, i za pomocą jakich dokumentów Zamawiający żądał potwierdzenia spełnienia danego parametru jest sprawą drugorzędną, bowiem bez względu czy są to dokumenty potwierdzające dane techniczne czy oświadczenie własne wykonawcy, aby oferta była zgodna z SWZ i nie podlegała odrzuceniu, ich treść – zwłaszcza oświadczenia, nie może być wyłącznie blankietowym oświadczeniem składanym do oferty, lecz musi potwierdzać stan rzeczywisty. Zatem treść złożonego oświadczenia, musi odpowiadać stanowi faktycznemu, a wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za jego treść, przekazaną Zamawiającemu.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, oświadczenia złożone przez Przystępujących Asaj i Alpar potwierdzały, iż oferowane w pozycjach 1/13, 1/19 i 1/20 produkty spełniają warunki zamówienia, a na podstawie treści tych oświadczenia Zamawiający (jak przyznał na rozprawie) dokonał oceny spełnienia wymogu w zakresie parametru SMFL. Zatem treść złożonych oświadczeń nie tylko mogła, ale w rzeczywistości miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, produkty zaoferowane przez Przystępujących Asaj i Aplar w pozycjach 1/13, 1/19 i 1/20 nie spełniały wymagań określonych w SWZ w zakresie parametru SMFL. Zatem oświadczenia wykonawców, które potwierdzały ich zgodność z wymaganiami SWZ wprowadziły Zamawiającego w błąd (wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) ponieważ pozostawały w sprzeczności z faktami, ich skutkiem zaś było pozostawanie Zamawiającego w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy. Ich treść miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ dotyczyła oceny zgodności oferty z dokumentami zamówienia.

Wobec powyższego, potwierdził się również zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w związku z art. 109 ust.1 pkt 10) ustawy Pzp w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Izba zauważa, że dla spełnienia przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wystarczające jest wprowadzenie Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Nie jest konieczne zamierzone działanie czy rażące niedbalstwo. Lekkomyślność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić, co w ocenie Izby miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.*

Z kolei Zgodnie z treścią art. 109 ust.1 pkt 10) ustawy Pzp *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Izba wskazuje, że Zamawiający w treści SWZ (pkt 3.2) przewidział wykluczenie Wykonawców z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4, 5, 8, 10 Ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła dowodu złożonego przez Przystępującego Alpar – Dokumentacji postępowania Enea Operator, jako nieprzydatnej dla przedmiotowej sprawy.

W konsekwencji powyższego, potwierdził się również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 (w związku z art. 362 pkt 1) w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Asaj - w zakresie zadania 1, pomimo tego, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, a więc wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 107 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Asaj i Alpar do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, który został w odwołaniu wskazany jako zarzut ewentualny, w związku z uwzględnieniem zarzutu dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, Ustawy Pzp, Izba nie rozpoznała zarzutu naruszenia art. 107 ust. 2 Ustawy Pzp.

W związku z wycofaniem zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 362 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ASAJ Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach oraz ENSTOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie w zakresie zadania nr 4, oraz poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ASAJ Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach i Alpar A. i P.K. Spółka jawna z siedzibą w Kozienicach w zakresie zadania nr 1 dla pozycji 1/9 formularza ofertowego, podniesionych w pkt II.1) petitum odwołania, zarzutów dotyczących naruszenia art. 107 ust. 2 w związku z art. 362 pkt 1 ustawy Pzp w całości w zakresie zadania nr 4 oraz w zakresie zadania nr 1 dla pozycji: 1/1, 1/3, 1/6 i 1/7 formularza ofertowego, podniesionych w pkt II. 3) petitum odwołania, w zakresie zarzutu podniesionego w pkt II. 4) w części dotyczącej zadania nr 4, w zakresie zarzutu podniesionego w pkt II. 5) petitum odwołania w związku z cofnięciem zarzutów przez odwołującego, oraz w zakresie zarzutu podniesionego w pkt II. 6) petitum odwołania z uwagi na jego uwzględnienie przez Zamawiającego, Izba umorzyła postępowania odwoławcze w zakresie powyższych zarzutów.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: