

WYROK

z dnia 17 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 03 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **INERGIS S.A., ul. Kisielewskiego 18/28B, 42-215 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę i Miasto Kozięgłowy, pl. Moniuszki 14, 42-350 Kozięgłowy**

przy udziale wykonawcy **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje odtajnienie:**
 - uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych dokumentów, zawartego w pismach z dnia 5 i 23 listopada 2018r.
 - dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, złożonych Zamawiającemu przez Sanito Sp. z o.o. wraz z pismami z dnia 5 i 23 listopada 2018r.
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę i Miasto Kozięgłowy, pl. Moniuszki 14, 42-350 Kozięgłowy i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez INERGIS S.A., ul. Kisielewskiego 18/28B, 42-215 Częstochowa tytułem wpisu od odwołania.**

2.2. zasądza od **Gminy i Miasta Kozięłowy, pl. Moniuszki 14, 42-350 Kozięłowy** na rzecz **INERGIS S.A., ul. Kisielewskiego 18/28B, 42-215 Częstochowa** kwotę **23 600 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą wysokość wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2018 r. poz. 1986 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 Częstochowie**.

Przewodniczący:

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

Zamawiający - Gmina i Miasto Kozięgłowy - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę mikrostacji odnawialnych źródeł energii dla mieszkańców Gminy i Miasta Kozięgłowy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 sierpnia 2018r. Pod poz. 2018/s 159-363704.

W dniu 3 grudnia 2018r. Odwołujący – Inergis S.A. – wniósł o Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj:

1. wyboru oferty złożonej przez Sanito sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. czynności badania i oceny ofert
3. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Sanito tj, części dokumentów i informacji złożonych przez Sanito w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 30 października i 22 listopada 2018r.
4. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sanito na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;
5. z ostrożności od zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sanito na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że wykonawca Sanito nie złożył części dokumentów wskazanych w wezwaniu Zamawiającego z 30 października 2018 r.;
6. z ostrożności od zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sanito na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, oraz od zezwolenia wykonawcy Sanito na dokonanie niedopuszczalnej zmiany w treści oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Działaniom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił następujące naruszenia:

- a. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) wskazanych w odwołaniu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Sanito, pomimo że wykonawca Sanito nie wykazał, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również informacje te obiektywnie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- b. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sanito, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- c. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Sanito niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- d. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sanito na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że wykonawca Sanito nie złożył części dokumentów wskazanych w wezwaniu Zamawiającego z 30 października 2018 r.;
- e. z ostrożności art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sanito, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, oraz poprzez zezwolenie wykonawcy Sanito na dokonanie niedopuszczalnej zmiany w treści oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Sanito jako najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzył czynność badania i oceny ofert;
3. odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty i informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Sanito, tj. zastrzeżoną część dokumentów i informacji złożonych przez wykonawcę Sanito w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 30 października 2018 r. oraz z 22 listopada 2018 r.;
4. odrzucił ofertę wykonawcy Sanito z przyczyn wskazanych w pkt II uzasadnienia odwołania.

Ponadto, z ostrożności i wyłącznie na wypadek, gdyby Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut odwołania dotyczący zaniechania odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Sanito, tj. części dokumentów i informacji złożonych przez wykonawcę Sanito w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 30 października 2018 r. oraz z 22 listopada 2018 r., Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby wykonał czynności wskazane powyżej pod poz. 1, 2 i 4 oraz dodatkowo o nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. odrzucił ofertę wykonawcy Sanito z przyczyn wskazanych w pkt IV i V uzasadnienia odwołania;

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że wykonawca Sanito zastrzegł część dokumentów i informacji złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 października i 22 listopada 2018r. jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust.2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wniósł o ich nieudostępnianie. Zamawiający do dnia wniesienia odwołania nie odatnił ww. dokumentów, co oznacza, że respektuje on zastrzeżenia tajemnicy dokonane przez Sanito a Odwołujący powziął o tym wiadomość w dniu 26 listopada 2018r. tj. w dniu poinformowania o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w żadnej z przesłanych wiadomości nie wyjaśnił, które z dokumentów złożonych przez wykonawcę Sanito zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z porównania dokumentów udostępnionych Odwołującemu z zamieszczoną w piśmie przewodnim wykonawcy Sanito z 5 listopada 2018 r. listą dokumentów, które wykonawca Sanito złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 30 października 2018 r., wynika, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu karty katalogowej systemów mocujących (poz. 16 na ww. liście dokumentów).

Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z 30 października 2018 r. wykonawca Sanito miał złożyć również:

- a. badanie potwierdzające jakość i bezpieczeństwo produkowanych systemów wystawione przez niezależną jednostkę certyfikującą oraz
- b. dokument potwierdzający wdrożenie systemu jakości ISO 9001: 2008 przez producenta systemu mocującego.

Ww. dokumenty również nie zostały udostępnione Odwołującemu. W ocenie Odwołującego, wykonawca Sanito w ogóle ich nie złożył, mimo jednoznacznego wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Jeżeli natomiast wykonawca Sanito złożył ww. dokumenty i zastrzegł je jako tajemnicę przedsiębiorstwa tak samo, jak kartę katalogową systemów mocujących, to Odwołujący wskazał, że ich zastrzeżenie było bezzasadne z tych samych przyczyn, co zastrzeżenie karty katalogowej systemów mocujących. Odwołujący założył także, że wykonawca Sanito zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa kartę katalogową systemów mocujących.

Odwołujący, powołał się na podglądy doktryny i orzecznictwa w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wskazał, że wśród dokumentów udostępnionych Odwołującemu brak jest jakiegokolwiek dokumentu zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia informacji przez wykonawcę Sanito i wykazującego, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe oznaczać może jedną z dwóch rzeczy:

- a. wykonawca Sanito w ogóle nie uzasadnił dokonanego zastrzeżenia, nie mówiąc już o wykazaniu, że zastrzegane dokumenty faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co samo w sobie przesądza o konieczności ich ujawnienia

(odtajnienia). Oczywistą konsekwencją niewykonania przez wykonawcę Sanito obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia jest obowiązek Zamawiającego odtajnienia nieskutecznie zastrzeżonych dokumentów i informacji;

- b. uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia wraz z wykazaniem, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, również zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego, jeżeli mamy do czynienia z sytuacją opisaną pod lit. b), to pomijając zasadnicze wątpliwości co do dopuszczalności zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa także uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia, Odwołujący wskazał, iż bardzo wątpliwe jest, aby w zastrzeżonym uzasadnieniu wykonawca Sanito faktycznie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego jest wielce prawdopodobne, że w zastrzeżonym uzasadnieniu wykonawca Sanito ograniczył się do nic nie wnoszących do sprawy ogólników, wręcz frazesów. Jest też wielce prawdopodobne, że zastrzeżone uzasadnienie nie zawiera praktycznie żadnych konkretnych informacji i niczego nie wyjaśnia, w szczególności wykonawca Sanito nie wyjaśnił w nim nawet, czy zastrzeżone przez niego informacje to informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne przedsiębiorstwa, względnie inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Jeżeli natomiast wykonawca Sanito w zastrzeżonym uzasadnieniu powołał się na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, to jest wielce prawdopodobne, że w żaden sposób tego twierdzenia nie uzasadnił, nie mówiąc już o wykazaniu jego prawdziwości. Tymczasem jak się podkreśla w orzecznictwie KIO tajemnica przedsiębiorstwa musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakiś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (tak np. w wyroku z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt 783/18). Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie wykonawca Sanito zapewne nie wyjaśnił Zamawiającemu ani nie wykazał, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzeżone informacje pozostaną niejawne.

Ponadto, jeśli nawet wykonawca Sanito w zastrzeżonym uzasadnieniu wskazał na poufność zastrzeżonych informacji i na podjęcie działań zabezpieczających w celu zachowania tej poufności, to zapewne w żaden sposób nie wykazał, iż jego twierdzenia odpowiadają rzeczywistości. Jest wielce prawdopodobne, że wykonawca Sanito nie przedstawił żadnych dowodów, że jego relacje z producentem systemów mocujących są faktycznie poufne, względnie że producent systemów mocujących informacje zawarte w karcie katalogowej systemów mocujących faktycznie uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa i że w związku z tym podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W szczególności wykonawca Sanito zapewne nie wykazał w żaden sposób, że poufność relacji lub informacji została zabezpieczona za pomocą odpowiednich klauzul umownych czy

umów o zachowanie poufności. Tymczasem takie wykazanie powinno nastąpić jednocześnie z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, jest niemal pewne, iż wykonawca Sanito nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów potwierdzających zasadność zastrzeżenia ww. dokumentów i informacji. Wykonawca Sanito ograniczył się zapewne wyłącznie do zdawkowych i gołosłownych twierdzeń i deklaracji składanych Zamawiającemu, mimo że przynajmniej część okoliczności mających uzasadniać dokonane zastrzeżenie można było bez trudu wykazać przedstawiając odpowiednie dowody, np. istnienie odpowiednich klauzul umownych czy umów o zachowanie poufności. Jeżeli wykonawca Sanito powołał się w zastrzeżonym uzasadnieniu na takie umowy, to umowy te, a przynajmniej wyciągi z nich, powinny zostać przedstawione Zamawiającemu. Podkreślić trzeba, że elementem konstytuującym tajemnicę przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania określonych informacji w poufności. W ocenie Odwołującego jest niemal pewne, że wykonawca Sanito podjęcia takich działań w żaden sposób nie wykazał. Niezależnie od tego, że wykonawca Sanito nie wykazał powyższych okoliczności, Odwołujący podkreślił, że samo zawarcie umowy o zachowaniu poufności (jeżeli w ogóle miało miejsce) nie dowodzi istnienia przesłanki posiadania wartości gospodarczej przez informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Innymi słowy zawarcie umowy o zachowaniu poufności nie kreuje jeszcze tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż trzeba wykazać istnienie wszystkich pozostałych elementów wyliczonych w art. 11 ust. 2 uznk.

Zdaniem Odwołującego dokumenty i informacje zastrzeżone przez wykonawcę Sanito nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający winien je odtajnić. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie w jaskrawy sposób narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. O obowiązku odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych dokumentów i informacji przesądzą następujące względy wskazane przez Zamawiającego w SIWZ i w załącznikach do SIWZ, które są jawne i publicznie dostępne.

W ocenie Odwołującego jest oczywiste i nie budzi żadnych wątpliwości, że zastrzeżone informacje nie są i nie mogą być informacjami o charakterze technicznym czy technologicznym. Zastrzeżone informacje nie są też informacjami, które mogłyby zawierać wynik prac twórczych wykonawcy, chronionych prawem autorskim, czy też o zbliżonym charakterze, mogących być przedmiotem nieuprawnionego naśladownictwa, w tym przynoszącego korzyści, kosztem wytwórcy. Ponadto nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji o tym, że oferowane systemy mocujące spełniają jawne i

dostępne dla każdego zainteresowanego wymagania zawarte w SIWZ, tudzież że ich producent posiada wdrożony system jakości ISO 9001: 2008. Odwołujący podkreślił, że wszystkie dokumenty były żądane przez Zamawiającego wyłącznie w jednym celu, tj. dla potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane i dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Jednocześnie wszystkie wymagania Zamawiającego, których spełnianie te dokumenty miały potwierdzać, zostały wskazane przez Zamawiającego w SIWZ i w załącznikach do SIWZ, które są jawne i publicznie dostępne. Żadnym uzasadnieniem dla dokonanego zastrzeżenia nie jest również to, że na etapie przygotowania oferty wykonawca musiał samodzielnie dobrać systemy mocujące spełniające wymagania Zamawiającego określone w SIWZ i w załącznikach do SIWZ. Generalnie rola wykonawcy w niniejszym postępowaniu sprowadzała się do dokonania doboru systemów mocujących do wymagań Zamawiającego szczegółowo określonych w SIWZ i w załącznikach do SIWZ i do potwierdzenia spełniania tychże wymagań poprzez przedstawienie dokumentów wskazanych w SIWZ. W świetle utrwalonego i jednolitego orzecznictwa KIO takie czynności nie stanowią know-how zasługującego na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego jest pewne, że systemy mocujące zaoferowane przez wykonawcę Sanito są produktami standardowymi. Wykonawca Sanito wskazał bowiem w swojej ofercie (str. 14, tabela WYKAZ KLUCZOWYCH MATERIAŁÓW I URZĄDZEŃ UŻYTYCH PRZY WYCENIE ROBÓT, poz. 2), że oferuje systemy mocujące (inaczej: konstrukcje wsporcze) produkcji MP Solar Group Sp. z o.o., czyli jednego z producentów działających w branży systemów mocujących. Wykonawca Sanito nie zaoferował zatem systemów mocujących własnej produkcji, nie jest więc możliwe, aby zaoferował Zamawiającemu jakieś unikatowe i niepowtarzalne rozwiązanie, stworzone przez niego tylko i wyłącznie na potrzeby niniejszego zamówienia. Zresztą, biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest montaż jedynie 71 kpl instalacji fotowoltaicznych, wszelkie ewentualne twierdzenia o „dedykowanym” systemie mocującym stworzonym na potrzeby zamówienia trzeba oceniać jako całkowicie niewiarygodne. Co więcej, Zamawiający wymagał w SIWZ złożenia przez wykonawców badania potwierdzającego jakość i bezpieczeństwo produkowanych systemów mocujących wystawionego przez niezależną jednostkę certyfikującą. Żaden producent nie zleciłby przeprowadzenia takiego badania na potrzeby dostawy zaledwie 71 kompletów systemów mocujących - badania takie przeprowadza się wyłącznie co do produktów standardowo i powszechnie oferowanych przez danego producenta.

Trzeba też podkreślić, że Zamawiający nie wymagał, aby dokumenty potwierdzające, iż oferowane roboty budowlane i dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, zawierały jakichkolwiek opisy techniczne, które mogłyby stanowić wynik prac twórczych, chronionych prawem autorskim, czy też o zbliżonym charakterze, mogących

być przedmiotem nieuprawnionego naśladownictwa, w szczególności przynoszącego korzyści, kosztem wytwórcy. Zgodnie z SIWZ wykonawcy byli obowiązani złożyć karty katalogowe systemów mocujących, które miały jedynie potwierdzać posiadanie wymaganych przez Zamawiającego parametrów, a nie wskazywać w jaki sposób owe parametry zostaną osiągnięte. Podkreślić również trzeba, że systemy mocujące objęte przedmiotem zamówienia są produktami gotowymi, seryjnymi, z półki, a nie tworzonymi na indywidualne potrzeby Zamawiającego w tym postępowaniu.

Co za tym idzie informacje o systemach mocujących, zawarte w zastrzeżonej karcie katalogowej, są bez wątpienia powszechnie dostępne, chociażby na stronach internetowych ich producenta, który w celu pozyskania jak największej liczby klientów reklamuje swoje wyroby i szeroko informuje o ich właściwościach i parametrach. Zresztą karty katalogowe niejako z definicji są przeznaczone dla nieograniczonego kręgu odbiorców, gdyż stanowią formę reklamy i informacji producenta o produkowanych przez niego produktach. Już tylko z tego względu uznać trzeba zatem, że nie jest spełniony w tym wypadku podstawowy warunek uznania informacji zawartych w karcie katalogowej za tajemnicę przedsiębiorstwa, jakim jest nieujawnienie do wiadomości publicznej.

Odwołujący podkreślił także, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał. W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez wykonawcę Sanito ww. dokumentów nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym Odwołującemu, weryfikacji złożonych dokumentów. Poprzez bezprawne ich zastrzeżenie wykonawca Sanito chce uniemożliwić innym wykonawcom sprawdzenie, czy faktycznie złożone przez niego dokumenty potwierdzają, że oferowane roboty budowlane i dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. Z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sanito, mimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, Odwołujący wskazał na treści załącznika nr 1 do SIWZ "Wykaz kluczowych materiałów i urządzeń użytych przy wycenie robót", gdzie Sanito podał jedynie nazwę firmy "Jean Mueller Polska sp. z o.o" "Ochrona przeciwporażeniowa". Odwołujący podniósł, że wykonawca mimo jednoznacznego nakazu SIWZ nie określił typu oferowanych zabezpieczeń, wskazał, że nie ma takiego typu zabezpieczenia instalacji po stronie AC DC jak "ochrona przeciwporażeniowa", co więcej na rynku nie ma w ogóle takiego produktu jak "ochrona przeciwporażeniowa". Powołując się na definicję z Wikipedia, wskazał, że ochrona przeciwporażeniowa to cykl działań oraz instalacji mających na celu zwiększenie bezpieczeństwa człowieka podczas pracy z urządzeniami zasilanymi elektrycznie. Szereg działań w niej zawartych dzieli się na dwie główne grupy: środki nietechniczne, środki

techniczne. Ich zakres Odwołujący wymienił w odwołaniu, stwierdzając, że określenie "ochrona przeciwporażeniowa" nie stanowi i nie może stanowić określenia typu zabezpieczenia instalacji po stronie AC i DC. Podniósł także, iż wskazana przez Sanito firma Jean Mueller sp. z o.o. nie ma w swojej ofercie takiego rodzaju jak "ochrona przeciwporażeniowa", w szczególności nie oferuje tak opisanego typu zabezpieczenia instalacji po stronie AC i DC. Stwierdził, że wykonawca Sanito mimo jasnych wymagań SIWZ nie wskazał w ofercie typów oferowanych zabezpieczeń instalacji po stronie AC i DC. Uniemożliwia to także sprawdzenie czy zaoferowane zabezpieczenia instalacji po stronie AC i DC spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. W konsekwencji, dopiero na etapie realizacji umowy Zamawiający dowie się jakie typy zabezpieczeń instalacji po stronie AC i DC zamierza zastosować wykonawca Sanito. Nie jest możliwe w tym zakresie zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i doprecyzowanie treści oferty, gdyż prowadziłoby to do zmiany treści oferty.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podniósł, że użycie przez Sanito określenia "ochrona przeciwporażeniowa" wskazuje, że wykonawca zaoferował zabezpieczenia instalacji po stronie AC i DC niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że w przypadku instalacji fotowoltanicznych projektuje się i stosuje następujące rodzaje ochrony:

- a. ochrona przeciwporażeniowa,
- b. ochrona odgromowa,
- c. ochrona przeciwprzepięciowa,
- d. ochrona przeciążeniowa i zwarceniowa,
- e. izolowanie i rozłączanie instalacji.

Środki te należy zapewnić po stronie AC i DC, a użycie przez Sanito sformułowanie "ochrona przeciwporażeniowa" wskazuje, że zaoferował on tylko jeden spośród wszystkich rodzajów ochrony instalacji fotowoltanicznych. Stanowi to o niezgodności treści oferty z SIWZ, gdyż Zamawiający nie ograniczył wymagań wyłącznie do ochrony przeciwporażeniowej.

Odwołujący odwołał się także do wyjaśnień z dnia 18 września 2018r., w których Zamawiający odwołał się do wprost do norm, które były wiążące przy dokonywaniu zabezpieczeń instalacji po stronie AC i DC. Odwołujący wskazał, że żadna z przywołanych norm nie jest normą dotyczącą ochrony przeciwporażeniowej. Ochrony przeciwporażeniowej dotyczy inna norma, niewskazana przez Zamawiającego tj HD 603644-41. Odwołujący wywiódł, że Zamawiający wymagał zabezpieczeń instalacji po stronie AC i DC w zakresie innych rodzajów ochrony niż ochrona przeciwporażeniowa.

Odwołujący wskazał także, powołując się na powszechnie dostępne informacje zamieszczone na stronie MP Solar Group sp. z o.o. oraz informacje uzyskane bezpośrednio od tego podmiotu, na następujące niezgodności oferowanych przez Sanito konstrukcji wsporczyk MP Solar Group Sp. z o.o.:

- a. szyny min. na dwóch powierzchniach ryfowane,
- b. system montażu paneli System montażu paneli wyposażony w zewnętrzne klemy wykonane z aluminium o regulowanym skoku wysokości od 30mm do 47,5mm,
- c. łączenie szyn musi się odbywać za pomocą łącznika wykonanego z aluminium montowanego w środkowym kanale wewnątrz szyn.

Konstrukcje wsporcze produkowane przez MP Solar Group Sp. z o.o. nie posiadają ww. właściwości i parametrów i tym samym są niezgodne z PFU i SIWZ. W świetle powyższego, Odwołujący podniósł że oferta Santo jest niezgodna z treścią SIWZ i nie jest możliwe usunięcie opisanych niezgodności w żaden sposób przewidziany ustawą Pzp, w tym w szczególności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Sanito niezgodnie z przepisami ustawy, stanowi konsekwencję zarzutów postawionych w odwołaniu.

a) Odnośnie postawionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sanito, pomimo że wykonawca nie złożył części dokumentów wskazanych w wezwaniu Zamawiającego z 30 października 2018 r., Odwołujący wskazał, że powyższy zarzut postawił z ostrożności i wyłącznie na wypadek, gdyby Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut odwołania dotyczący zaniechania odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Sanito, tj. części dokumentów i informacji złożonych przez wykonawcę Sanito w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 30 października 2018 r. oraz z 22 listopada 2018 r. Odwołujący założył, że dokumenty w postaci: badania potwierdzającego jakość i bezpieczeństwo produkowanych systemów wystawione przez niezależną jednostkę certyfikującą oraz dokument potwierdzający wdrożenie systemu jakości ISO 9001: 2008 przez producenta systemu mocującego, nie zostały złożone przez wykonawcę Sanito, mimo jednoznacznego wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Jeżeli faktycznie wykonawca Sanito nie złożył ww. dokumentów, mimo jednoznacznego wezwania Zamawiającego w tym zakresie, to stanowi to oczywistą i rażącą niezgodność treści oferty wykonawcy Sanito z treścią SIWZ. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego wezwanie wykonawcy Sanito do uzupełnienia ww. dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wchodzi w rachubę, gdyż z ww.

przepisu wynika, że Zamawiający nie wzywa wykonawcy do uzupełnienia, jeżeli mimo uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, a tak jest właśnie w niniejszej sprawie. Niemniej jednak gdyby Izba uznała, że w niniejszej sprawie brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Sanito o *limine*, to Odwołujący stawia zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Sanito do uzupełnienia ww. dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i domaga się nakazania Zamawiającemu wystosowania takiego wezwania.

W zakresie postawionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sanito, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, oraz poprzez zezwolenie wykonawcy Sanito na dokonanie niedopuszczalnej zmiany w treści oferty złożonej przez tego wykonawcę, Odwołujący podniósł, że dokumenty przedstawione przez Sanito powinny dotyczyć odpowiednio systemów mocujących produkcji MP Solar Group Sp. z o.o. Jeśli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 30 października 2018 r. oraz z 22 listopada 2018 r. wykonawca Sanito złożył dokumenty dotyczące systemów mocujących produkowanych przez innego producenta niż MP Solar Group Sp. z o.o. jak i dokument potwierdzający wdrożenie systemu jakości ISO 9001: 2008 przez innego producenta niż MP Solar Group Sp. z o.o. to: po pierwsze - powoduje to oczywistą i rażącą niezgodność treści oferty wykonawcy Sanito z treścią SIWZ, gdyż nie przedstawiono dokumentów wymaganych w SIWZ i to mimo jednoznacznego wezwania Zamawiającego w tym zakresie, po drugie - oznacza to, że Zamawiający zezwolił wykonawcy Sanito na dokonanie niedopuszczalnej zmiany w treści oferty złożonej przez tego wykonawcę. Złożenie dokumentów innego producenta czy produktów innego producenta, oznacza de facto zmianę treści oferty wykonawcy Sanito w zakresie oferowanych systemów mocujących, co w świetle art. 87 ust. 1 Pzp jest niedopuszczalne.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uznanie.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179

ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, ponadto na skutek działań i zaniechań może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 96 ust. 1 Pzp i art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaniechaniu odtajnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Sanito, Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych: W dniu 26.11.2018r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sanito, oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pozycji drugiej w rankingu oceny ofert. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30.10.2018r. dotyczące złożenia w trybie art. 26 ust. 1 Pzp dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, Sanito przedłożył w piśmie z dnia 5.11.2018r. uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów załączonych do pisma tj. oświadczenie Hopergy Photovoltaic, specyfikacje produktów, certyfikaty i deklarację zgodności CE.

Z kolei, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 22.11.2018r., Sanito złożył wraz z pismem z dnia 23.11.2018r. wyjaśnienia dokumentów do przetargu przedstawione przez MP Solar Group, które również zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Sanito zastrzegł także jako tajemnicę przedsiębiorstwa samo uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych dokumentów, przedstawione w pismach z dnia 5.11.2018r. i 23.11. 2018r.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba uznała, że zarzut zaniechania odtajnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Sanito tj. dokumentów złożonych wraz z pismami z dnia 5.11.2018 i 23.11.2018r. wraz z uzasadnieniem objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa zasługuje na uznanie.

Izba wielokrotnie w orzeczeniach podkreślała, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

W orzecznictwie podkreśla się, że to na wykonawcę dokonującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek skuteczności

poczynionego zastrzeżenia. Aby skutecznie wykazać zastrzeżenie informacji, wykonawca musi zatem potwierdzić łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.03.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U 2018 poz. 419, 1637) tj.:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,,
3. uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Podkreślenia wymaga, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to wykonawca Sanito. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia przedstawionego w pismach Sanito z dnia 5 i 23.11 2018r. nie znajduje oparcia w wyżej przywołanym przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie należy uznać za bezskuteczne.

Oceniając samą treść przedstawionego uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba doszła do przekonania, że wykonawca Sanito nie sprostął, wynikającemu z art. 8 ust. 3 Pzp obowiązkowi wykazania, że zastrzegane przez niego informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Przedstawione wyjaśnienia (oba podobnej treści) są lakoniczne, ogólne i nie odnoszą się do konkretnych informacji i powodów, dla których te informacje zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W efekcie przedstawione uzasadnienia nie pozwalają na przyjęcie, iż informacje zawarte w złożonych dokumentach mają wartość gospodarczą, jak twierdził w toku rozprawy Przystępujący Sanito. Wykonawca Sanito nie wyjaśnił w jaki sposób, ewentualne posiadanie informacji, które zostały zawarte w kartach katalogowych, specyfikacjach technicznych czy oświadczeniach MP Solar Group może przyczynić się do uzyskania przewagi konkurencyjnej czy doprowadzić do przysporzenia konkurentowi korzyści lub zaoszczędzić kosztów. Podkreślenia wymaga, że zastrzeżone przez wykonawcę karty katalogowe (specyfikacje) produktów, w których podane są parametry techniczne, służą jedynie potwierdzeniu wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, które były jawne i z tych względów nie stanowią wartości gospodarczej, niedostępnej innym wykonawcom. Samo podanie parametrów technicznych,

które są zawarte w specyfikacjach technicznych produktów nie stanowi jeszcze ujawnienia wiedzy na temat działalności firmy, stosowanych technologii, materiałów czy rozwiązań technicznych, w szczególności w sytuacji, gdy parametry te potwierdzają spełnianie wymagań określonych w SIWZ. Zauważyć także należy, że karty katalogowe produktów, jak i specyfikacje techniczne to dokumenty powszechnie dostępne, przeznaczone do nieograniczonego kręgu odbiorców. Bezzasadnym jest także objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa załączonych do pisma z dnia 5.11.2018r. certyfikatów i deklaracji zgodności, które również są dokumentami powszechnie dostępnymi, o których treści można się z łatwością dowiedzieć. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000) wskazano, że: „zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z samego produktu każdy fachowiec poznać może kto daną usługę wykonał” (podobnie Wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. I CKN 304/00 OSNC 2001/4/59).

Nieuzasadnionym jest także objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 22.11.2018r. złożonych przez MP Solar Group Sp. z o.o, załączonych do pisma z dnia 23.11.2018r. Treść tych wyjaśnień stanowi potwierdzenie wymagań technicznych podanych w PFU, które co do zasady były jawne i z tych względów, informacje dotyczące spełniania przez oferowane systemy mocujące wymagań określonych w SIWZ nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Złożone w toku rozprawy oświadczenie producenta MP Solar Group z dnia 9.10.2018r., w którym wskazano m.in, że “wszystkie dokumenty/produkty zaoferowane w przetargu(..) są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i należy je traktować jako informacje poufne” nie zmienia przyjętej wyżej oceny bezskuteczności poczynionego zastrzeżenia. Po pierwsze - oświadczenie to nie zostało złożone Zamawiającemu na etapie weryfikacji skuteczności zastrzeżonych informacji, nie ma o nim nawet wzmianki w treści uzasadnienia złożonego w pismach z dnia 5 i 23.11.2018r. i już tylko z tych względów nie może być ono wzięte pod uwagę przy ocenie działań i zaniechań Zamawiającego, po drugie - oświadczenie to nie zawiera żadnego uzasadnienia co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa i nie wykazuje żadnej wartości gospodarczej, jaką możnaby przypisać złożonym dokumentom i oświadczeniom, które w istocie potwierdzają jedynie wymagane parametry, po trzecie - w treści oświadczenia nie wymieniono dokumentów, które są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, wskazując jedynie na sformułowanie “wszystkie dokumenty/ produkty” – z takiego sformułowania nie wiadomo o jakie dokładnie dokumenty chodzi.

Nawet jeśli by uznać, że oferowane produkty (systemy mocujące) cechują się jakimiś pojedynczymi parametrami, odmiennymi od standardowych, typowych i gotowych produktów to jednak nie można uznać, że są to produkty unikatowe, dedykowane i niepowtarzalne, których wytworzenie stanowiłoby *know-how* producenta.

W konsekwencji, Izba uznała, że zaniechanie Zamawiającego w odtajnieniu dokumentów, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, złożonych przez Sanito Sp. z o.o. wraz z pismami z dnia 5 i 23 listopada 2018r. , jak również zaniechanie odtajnienia samej treści uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi naruszenie zasad jawności postępowania oraz uczciwej konkurencji. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne, co skutkuje koniecznością uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp i nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odtajnienia dokumentów.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Sanito, Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty podniesione w odwołaniu *„jedynie z ostrożności i wyłączenie na wypadek, gdyby Izba uznała, że zarzut zaniechania odtajnienia nie zasługuje na uwzględnienie”* tj. zarzut zaniechania odrzucenia oferty Sanito z uwagi na to, że wykonawca nie złożył części dokumentów wskazanych w wezwaniu z dnia 30.10.2018r. oraz zaniechania odrzucenia oferty Sanito, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, przez zezwolenie wykonawcy Sanito na dokonanie niedopuszczalnej zmiany treści oferty złożonej przez wykonawcę.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Sanito, mimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Jak wynika z oferty Sanito w poz. 4 AC, DC, zabezpieczenia “Wykazu kluczowych materiałów i urządzeń użytych przy wycenie robót” podano “Jean Mueller Polska sp. z o.o., Ochrona przeciwporażeniowa”.

Izba podzieliła stanowisko zaprezentowane przez Przystępującego, iż skoro Zamawiający nie podał poziomu szczegółowości określenia oferowanego typu zabezpieczenia, to sformułowanie “ochrona przeciwporażeniowa” jako typ zabezpieczeń (rodzaj ochrony instalacji fotowoltanicznych) jest określeniem wystarczającym z punktu widzenia ogólnych wymagań SIWZ. Podkreślić trzeba także, że wykaz, do którego odnosi się Odwołujący, dotyczył jedynie kluczowych, a nie wszystkich szczegółowo opisanych materiałów i urządzeń użytych przy wycenie i niezbędnych do wykonania zamówienia. Oznacza to, zdaniem Izby, że wykaz ten miał jedynie charakter poglądowy a sam brak precyzji w określeniu oferowanego przedmiotu zamówienia czy podanie jedynie niektórych rodzajów (typów) zabezpieczeń, przy takich wymaganiach SIWZ, nie może przesądzać o niezgodności treści

oferty z SIWZ. Z tych też względów podanie przez Sanito w złożonym wykazie jedynie jednego spośród wszystkich rodzajów (typów) ochrony instalacji fotowoltanicznych (zabezpieczeń) nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Niezasadnym jest także twierdzenie Odwołującego, że podanie zabezpieczenia instalacji po stronie AC i DC wyłącznie w zakresie ochrony przeciwporażeniowej, jest niezgodne z wymaganiami SIWZ oraz wyjaśnieniami z dnia 18.09.2018r. udzielonymi w toku postępowania o zamówienie publiczne przez Zamawiającego. Ponownie należy wskazać, że wykaz służył jedynie podaniu kluczowych, a nie wszystkich materiałów i urządzeń, co oznacza, że nie można wykluczyć iż wykonawca dokonał doboru odpowiednich zabezpieczeń zgodnie z przywołanymi normami, ujętymi w ww. wyjaśnieniach a ochrona przeciwporażeniowa jest jedynie dodatkowym rodzajem zabezpieczenia.

Zamawiający wymagał podania w wykazie albo nazwy producenta albo dostawcy – w związku z tym podanie przez Sanito w poz. 4 wykazu AC, DC zabezpieczenia nazwy “Jean Mueller Polska Sp. z o.o.” jako dostawcy urządzeń jest wystarczające i spełnia wymagania SIWZ. Okoliczność, że producentem oferowanych przez Sanito urządzeń jest inny podmiot tj. Hopergy Photovoltaic Technology Co Ltd nie stanowi, wbrew twierdzeniom Odwołującego, zmiany treści oferty.

Nie potwierdziły się także zarzuty dotyczące niezgodności oferowanych systemów mocujących (konstrukcji wsporczych) z wymaganiami PFU w zakresie: ryflowania szyny, systemu montażu paneli (klem), łączenia szyn wewnętrznych. Wszelkie twierdzenia i dowody przedstawione przez Odwołującego w tym zakresie dotyczyły innych niż zaoferowane przez Sanito produktów tj. produktów MP Solar Group, podczas gdy Sanito zaoferowało produkty Hopergy Photovoltaic Technology Co LTd. Z tych względów tezy wynikające z dowodów złożonych przez Odwołującego nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia tego zarzutu. Wykonawca Sanito potwierdził kwestionowane przez Odwołującego parametry. W oświadczeniu MP Solar Group z dnia 22.11.2018r. jako generalny dystrybutor konstrukcji fotowoltanicznych Hopergy Photovoltaic Technology Co LTd, potwierdził, że produkty, które są zaoferowane w tym zamówieniu publicznym posiadają m.in szyny ryflowane na powierzchni górnej i bocznej, system montażu paneli wyposażony w zewnętrzne klemy wykonane z anodowanego aluminium o regulowanym skoku wys. 30-50mm, łączniki szyn wykonane z anodowanego aluminium z montażem w środkowym kanale wewnątrz szyn. Potwierdzenie spełniania tych parametrów znajduje się także w załączonych do pisma z dnia 5.11.2018r. specyfikacjach technicznych produktów.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018 poz. 972).

Przewodniczący: