

**Sygn. akt: KIO 903/13**

**WYROK**

**z dnia 7 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez ELEKTROBUDOWA S.A. w Katowicach, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PKP Energetyka S.A. w Warszawie,

przy udziale JM-TRONIC Sp. z o.o. w Warszawie, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża ELEKTROBUDOWA S.A. w Katowicach, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ELEKTROBUDOWA S.A. w Katowicach, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie.

## UZASADNIENIE

Zamawiający, PKP Energetyka S.A. w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawy rozdzielnic 15/20 kV do podstacji trakcyjnych zasilanych SN i WN”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 15.12.2012 r. w Dz. Urz. UE pod nr 2012/S 242-398283.

W dniu 12.04.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze oferty JM-Tronic Sp. z o.o. w Warszawie w częściach nr 2, 3, 4, 6 i 7 zamówienia jako najkorzystniejszej.

W dniu 19.04.2013 r. Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach wniosła do Prezesa KIO odwołanie względem ww. czynności oraz względem zaniechania odtajnienia części dokumentów załączonych do oferty wybranej.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy JM-Tronic sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty, wskutek nieuzasadnionego uznania, że złożone przez wykonawcę JM-Tronic sp. z o.o. dokumenty mające potwierdzać posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia, potwierdzają spełnienie tego wymogu zamawiającego,
2. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM-Tronic sp. z o.o. pomimo, zaistnienia określonych tym przepisem przesłanek, tj. niezgodności treści oferty z SIWZ,
3. art. 91 Pzp w zw. z art. 7 ust 3 Pzp, poprzez jego nieuprawnione zastosowanie, polegające na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy JM-Tronic sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo okoliczności, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, jak i treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

4. art. 8 Pzp poprzez niedokonanie ujawnienia fragmentów oferty JM-Tronic sp. z o.o., pomimo iż nie zostało w stosunku do nich skutecznie złożone zastrzeżenie ich niedostępiania.

W związku z powyższym w odwołaniu wniesiono o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia wykonawcy JM-Tronic sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę,
4. nakazanie zamawiającemu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert pozostałych wykonawców,
5. Ujawnienie następujących fragmentów oferty JM-Tronic sp. z o.o.:
  - a) Wykazu Wykonanych Dostaw wraz z referencjami, w zakresie który nie został ujawniony,
  - b) Sprawozdania z badań rozdzielnic małogabarytowej 15 kV,
  - c) Sprawozdania z badań rozdzielnic małogabarytowej 20 kV,
  - d) Sprawozdania z badań rozdzielnic wielkogabarytowej 20 kV,
6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Wśród złożonych ofert znalazła się oferta wykonawcy JM-Tronic sp. z o.o. Wskazany wykonawca, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa, zastrzegł, jako niejawnie następujące fragmenty swojej oferty:

- a) Wykaz Wykonanych Dostaw wraz z referencjami
- b) Sprawozdanie z badań rozdzielnic małogabarytowej 15 kV
- c) Sprawozdanie z badań rozdzielnic małogabarytowej 20 kV
- d) Sprawozdanie z badań rozdzielnic wielkogabarytowej 20 kV

Pismem z dnia 18 marca 2013 r. wykonawca JM-Tronic sp. z o.o. został wezwany do uzupełnienia brakujących dokumentów.

W toku postępowania powyższy wykonawca był dwukrotnie wzywany (pismami z 22 marca 2013 r. oraz 8 kwietnia 2013 r.) do złożenia wyjaśnień w przedmiocie objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o zapewnienie dostępu do całości oferty JM-Tronic sp. z o.o. W dniu 11 kwietnia 2013 r. Zamawiający dokonał ujawnienia wyłącznie części niejawnych materiałów tj. niektórych pozycji z Wykazu Wykonanych Dostaw. W tym samym dniu Odwołujący został poinformowany, że pozostała część oferty nie zostanie przez Zamawiającego ujawniona.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, Zamawiający określił w pkt 9.1 ust. 1 SIWZ wskazując, że wykonawcy mają wykazać, że w okresie trzech lat przed dniem składania ofert (lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie) należycie zrealizowali dostawy rozdzielnic na napięcie 15 do 20 kV, o wartościach wskazanych w SIWZ. Wykaz dokumentów jakich Zamawiający zażądał na wykazanie spełnienia wymogu wiedzy i doświadczenia, zawarty został w pkt 11.2 ust 7 SIWZ. Zamawiający zażądał „Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych (...) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

Wobec składania przez wykonawców pytań co do treści SIWZ, Zamawiający dokonał szeregu modyfikacji SIWZ, w tym również w zakresie sformułowania wymogów udziału w postępowaniu jak i dokumentów jakie należało przedstawić wraz z ofertą na okoliczność ich spełnienia. Do zmian mających istotne znaczenie dla niniejszego postępowania, należy dokonana na skutek pytania nr 3 (opublikowana w zbiorze z dnia 11.01.2013r.), gdzie jeden z wykonawców wskazał na okoliczności uzasadniające rozszerzenie wymogu wiedzy i doświadczenia w taki sposób, aby Zamawiający uznał dostawy rozdzielnic na napięcie min. 12 kV (gdzie pierwotny wymóg wskazywał napięcie od 15-20 kV). Wskutek tego pytania i wskazanej w nim argumentacji, Zamawiający dokonał rozszerzenia przedziału akceptowanych referencji na 12-20 kV.

Dowód- zbiór pytań wykonawców do treści SIWZ z dnia 11.01.2013r. wraz z modyfikacją SIWZ z dnia 14.01.2013r.

Wykonawca JM-Tronic sp. z o.o., na potwierdzenie spełnienia wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia wskazał szereg wykonanych dostaw rozdzielnic, wskazując ich opis w Wykazie Wykonanych Dostaw (sporządzonym wedle wzoru z SIWZ).

Dowód- kopia wykazu wykonanych dostaw z oferty wykonawcy JM-Tronic sp. z o.o., wraz z kopiami wystawionych referencji.

Zamawiający na dowód, że oferowane rozdzielnice spełniają jego wymagania, żądał przedstawienia certyfikatu zgodności z obowiązującymi normami, wydanego przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą. W trakcie czynności przeglądania ofert Odwołujący spostrzegł, że certyfikat załączony przez wykonawcę JM-Tronic sp. z o.o. został wydany przez

jednostkę, która nie była jednostką notyfikowaną w momencie wydania ww. certyfikatu. Odwołujący poinformował o tym fakcie Zamawiającego, jak również przekazał Zamawiającemu kopię pisma z Instytutu Elektrotechniki w Warszawie z dnia 02.04.2013 r., który wydał zakwestionowany certyfikat, potwierdzające ten fakt.

[...]

**Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy JM-Tronic sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty.**

W ocenie Odwołującego, wykonawca JM-Tronic sp. z o.o. nie wykazał w sposób określony w SIWZ (9.1 pkt 1 wraz z późniejszą modyfikacją) spełnienia warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

Kluczowym dla oceny tej okoliczności jest pytanie do SIWZ nr 3 ze zbioru przekazanego w dniu 11.01.2013r. W pytaniu tym jest podnoszona kwestia rozszerzenia zakresu referencji na napięcia 6, 10, 15 i 20 kV. Wskazane napięcia obejmują cały typoszereg z tego przedziału, są to napięcia znamionowe sieci, które występują w sieciach elektroenergetycznym. Pytający podkreśla, że napięcie 6kV jest typowym napięciem znamionowym sieci występującym m.in. w sieciach kopalnianych. W typoszeregu napięć znamionowych sieci nie ma napięcia 12 kV. Napięcie 12 kV jest to napięcie znamionowe izolacji dla sieci 10 kV. Różnica pomiędzy napięciem znamionowym sieci i napięciem znamionowym izolacji polega na tym, że napięcie znamionowe izolacji jest to wartość wyliczana jako iloczyn napięcia znamionowego sieci i współczynnika bezpieczeństwa wynoszącego 20%. I tak odpowiednio dla sieci 6 kV napięcie znamionowe izolacji wynosi 7,2 kV, dla sieci 10 kV napięcie znamionowe izolacji wynosi 12 kV, dla sieci 15 kV napięcie znamionowe izolacji wynosi 17,5 kV, dla sieci 20 kV napięcie znamionowe izolacji wynosi 24kV. Zamawiający konsekwentnie posługuje się wartościami napięcia znamionowego sieci 15kV i 20kV (wskazują na to m. in.: nazwa przedmiotu zamówienia, sama SIWZ czy też wykaz referencji). W odpowiedzi na w/w pytanie Zamawiający rozszerza zakres akceptowanych referencji na 12 - 20 kV, co potwierdza modyfikacją SIWZ nr 3 z dnia 14.01.2013. Oznacza to, że Zamawiający konsekwentnie dopuszcza referencje dla napięć znamionowych sieci z zakresu od 12 do 20 kV, a nie napięć znamionowych izolacji. Gdyby Zamawiający miał na myśli napięcia znamionowe izolacji to musiałby rozszerzyć zakres referencji do przedziału 12-24 kV. Tak więc rozdzielnice pracujące w kopalniach o napięciu znamionowym sieci 6 kV lub 10 kV, gdzie napięcie znamionowe izolacji wynosi 7,2 kV lub 12 kV, nie spełniają wymagań wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ.

Przyjmując powyższą argumentację, należy uznać, że wykonawca JM-Tronic sp. z o.o., nie wykazał, poprzez wskazanie poniżej wymienionych dostaw zawartych w Wykazie Wykonanych Dostaw, posiadania wiedzy i doświadczenia w żądanym przez Zamawiającego zakresie:

1. pozycja 16 - dostawa na rzecz zamawiającego- Lubelski Węgiel Bogdanka S.A.
2. pozycja 17 - dostawa na rzecz zamawiającego- Carboautomatyka S.A.
3. pozycja 18 - dostawa na rzecz zamawiającego- Lafarge Cement S.A.
4. pozycja 25 - dostawa na rzecz zamawiającego- Vattenfall Heat Poland
5. pozycja 30 - dostawa na rzecz zamawiającego- Kompania Węglowa S.A. - KWK Piast
6. pozycja 31 - dostawa na rzecz zamawiającego- Kompania Węglowa S.A. - KWK Bielszowice
7. pozycja 32 - dostawa na rzecz zamawiającego- OPA-ROW sp. z o.o.
8. pozycja 33 - dostawa na rzecz zamawiającego- Kompania Węglowa S.A. - KWK Marcel
9. pozycja 34 - dostawa na rzecz zamawiającego- MWM Elektro sp. z o.o.
10. pozycja 37 - dostawa na rzecz zamawiającego- CAB-Instal sp. z o.o.

Przyjmując powyższą argumentację, należy stwierdzić, że wskazanie w/w dostaw jako dostaw wskazujących na posiadanie przez wykonawcę JM-Tronic sp. z o.o. wymaganej wiedzy i doświadczenia, nie może być uznane za skuteczne. Skoro Zamawiający wymagał wykazania zrealizowania dostaw rozdzielnic na napięcie znamionowe sieci od 12 do 20 kV nie zaś napięcie znamionowe izolacji. Dostawa rozdzielnicy posiadającej parametr napięcia znamionowego izolacji w wartości 12 kV oznacza dostawę rozdzielnicy o napięciu znamionowym sieci o wartości 10 kV, co nie spełnia wymogu postawionego w SIWZ.

Uznanie w/w dostaw za dostawy nie wykazujące w rozumieniu SIWZ spełnienia wymogu wiedzy i doświadczenia, skutkuje nie spełnieniem przez wykonawcę JM-Tronic sp. z o.o., wymogu wykazania realizacji dostaw o określonej wartości dla poszczególnych zadań (zgodnie z tabelą z 9.1 pkt 1 SIWZ). Odwołujący zaznacza, że nie jest mu znany zakres i wartość dostaw wskazanych w zastrzeżonej części Wykazu Wykonanych Dostaw. Jednak biorąc pod uwagę, że spośród 43 wskazanych przez wykonawcę JM-Tronic sp. z o.o. wykonanych dostaw, niemal 1/4 nie spełnia wymogów Zamawiającego, Odwołujący stawia wyżej opisany zarzut. Przy czym Odwołujący zaznacza, że kompleksowa ocena tego zarzutu będzie możliwa przez skład orzekający po wglądzie do całości Wykazu Wykonanych Dostaw złożonego przez wykonawcę JM-Tronic sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał oceny i wyboru oferty wykonawcy JM-Tronic sp. z o.o. z naruszeniem przepisów Pzp, bowiem wykonawca ten powinien podlegać

wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a złożona przez niego oferta powinna podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

**Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM-Tronic sp. z o.o. pomimo niezgodności jej treści z treścią SIWZ.**

Na okoliczność wykazania, że oferowane rozdzielnice spełniają wymagania Zamawiającego, zażądano w SIWZ złożenia dokumentów potwierdzających charakterystykę techniczną oraz wymagania techniczno- konstrukcyjne rozdzielnic. Jednym z żądanych na w/w okoliczność dokumentów (w 11.2 pkt 9 lit a SIWZ) był: „certyfikat zgodności z obowiązującymi normami wydany przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą dla kompletnej rozdzielnicy oraz oddzielnie dla wyłącznika”.

W ocenie Odwołującego poprzez „notyfikowaną jednostkę certyfikującą”, należy rozumieć jednostki podlegające notyfikacji w rozumieniu Ustawy z dnia 30.08.2002r, o systemie oceny zgodności (DZ. U. 2010 nr 138 poz. 935), gdzie zgodnie z art. 5 pkt 13). Za notyfikację (jednostki) należy zaś rozumieć - „zgłoszenie Komisji Europejskiej i państwom członkowskim Unii Europejskiej autoryzowanych jednostek certyfikujących i kontrolujących oraz autoryzowanych laboratoriów właściwych do wykonywania czynności określonych w procedurach oceny zgodności”.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 Ustawy o systemie oceny zgodności, jednostki w celu uzyskania notyfikacji mogą ubiegać się o autoryzację (zgodnie z art. 21 w/w Ustawy, jedynie jednostki autoryzowane są zgłaszane do notyfikacji). Zgodnie z art. 19 ust. 3 pkt 1 Ustawy o systemie zgodności bezwzględną przesłanką uzyskania autoryzacji, jest posiadanie przez daną jednostkę certyfikatu akredytacji. Certyfikat akredytacji (jak i akredytacja jako taka) są nadawane przez Polskie Centrum Akredytacji (dalej: „PCA”), o którym mowa w rozdziale 4 Ustawy o systemie zgodności. Reasumując powyższy wywód należy stwierdzić, że aby dana jednostka mogła być uznana za jednostkę notyfikowaną, musi bezwzględnie posiadać akredytację PCA. Na charakter akredytacji PCA jako potwierdzenia kompetencji technicznych danej jednostki, wskazuje m. in. opracowanie Pt. „Jednostki notyfikowane” zamieszczone na stronie internetowej Ministerstwa Gospodarki.

Dowód- wydruk opracowania Pt. „Jednostki notyfikowane” ze strony internetowej Ministerstwa Gospodarki.

Przedłożony wraz z ofertą przez wykonawcę JM-Tronic sp. z o.o. certyfikat nr 0972/NBR/2011 dla Rozdzielnicy SN typu MultiCell, nie został wydany przez jednostkę posiadającą akredytację wydaną przez PCA. Zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Odwołującego, Instytut Elektrotechniki w Warszawie, który wydał certyfikat produktu oferowanego przez wykonawcę



JM-Tronic sp. z o.o., w dacie jego wydania (tj. 21.04.2011r) nie posiadał akredytacji PCA na certyfikację wyrobów. Odwołujący uzyskał oświadczenie tej jednostki potwierdzające, że w okresie od 01.01.2011 do 23.09.2012r., nie posiadała ona akredytacji PCA. Co należy utożsamiać z brakiem statusu jednostki notyfikowanej.

Dowód- oświadczenie Instytutu Elektrotechniki w Warszawie z dnia 02.04.2013r.

Zaoferowanie produktu, co do którego nie wykazano (zgodnie z wymogami SIWZ), iż posiada określone przez Zamawiającego parametry (w tym przypadku certyfikat wydany przez określoną jednostkę) oznacza, że zaoferowany produkt jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, a więc treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W związku z tym, Zamawiający był zobligowany do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

[...]

**Uzasadnienie naruszenia art. 8 Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia fragmentów oferty JM-Tronic sp. z o.o., pomimo iż nie zostały spełnione ustawowe przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa**

Odwołujący podnosi, iż oferta złożona przez JM-Tronic Sp. z o.o. powinna zostać ujawniona również w odniesieniu do następujących jej fragmentów:

- Pozostale części Wykazu Wykonanych Dostaw wraz z referencjami (s. 39-98 oferty)
- Sprawozdania z badań rozdzielnic małogabarytowej 15 kV (s. 103-227)
- Sprawozdania z badań rozdzielnic małogabarytowej 20 kV (s. 309-433)
- Sprawozdania z badań rozdzielnic wielkogabarytowej 20 kV (s. 515 - 639)

W ocenie Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na odmowie ujawnienia powyższych fragmentów oferty wykonawcy JM-Tronic sp. z o.o. stoi w sprzeczności z fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, narusza art. 8 Pzp oraz prowadzi do bezpodstawnego pozbawienia wykonawców możliwości korzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp kluczową zasadą regulującą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest reguła jawności. Przytoczona zasada z jednej strony nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób transparentny, z drugiej natomiast przyznaje wykonawcom prawo do merytorycznej kontroli czynności podejmowanych przez zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że rezultatem obowiązywania reguły jawności jest, co do zasady, jawność złożonych ofert oraz dokumentacji postępowania.

Wyjątek od powyższej reguły wprowadza art. 8 ust. 3 Pzp, który dopuszcza wyłączenie jawności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503). Zgodnie z powszechnie przyjmowaną wykładnią wspomniany wyjątek powinien być

interpretowany ściśle i zawężająco, tym samym wyłączenie jawności jakiegokolwiek elementu oferty nie stanowiącego tajemnicy przedsiębiorstwa jest na gruncie Pzp niedopuszczalne.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać informacje, które spełniają łącznie następujące przesłanki:

- a) mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub posiadają wartość gospodarczą,
- b) nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
- c) podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Odwołującego żadna z powyższych przesłanek nie została spełniona w odniesieniu do którejkolwiek z informacji, których ujawnienia odmówił Zamawiający.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wykazu wykonanych dostaw Odwołujący podkreśla, że powyższy element oferty zawiera jedynie proste wyliczenie wykonanych umów dostawy wraz ze wskazaniem odbiorców oraz wartości kontraktu. Odtajnienie powyższych informacji nie prowadzi do ujawnienia jakichkolwiek szczegółów technicznych dostarczonych urządzeń, informacji związanych z cyklem produkcyjnym, metod realizacji dostaw, bądź innych informacji przydatnych w prowadzeniu przedsiębiorstwa.

Powyższa argumentacja odnosi się również do referencji. Odtajnienie referencji prowadzi jedynie do ujawnienia, że dany kontrahent pozytywnie ocenił wykonany kontrakt, nie prowadzi natomiast do podania do publicznej wiadomości informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych bądź posiadających wartość gospodarczą. Co więcej, referencje ze swej natury są przeznaczone do upubliczniania, w związku, z czym są opracowywane w sposób umożliwiający okazanie ich osobom trzecim bez szkody dla podmiotu, którego dotyczą.

Sprawozdanie z badań rozdzielnic również nie stanowi informacji mogącej zostać objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Omawiany dokument zawiera jedynie proste wyliczenie podstawowych danych technicznych rozdzielnic, opis testów, jakim została poddana oraz wykaz norm, jakie powinna spełnić rozdzielnica z zero - jedynkowym wyliczeniem spełnia - nie spełnia. Sprawozdanie nie zawiera szczegółów technicznych rozdzielnic, informacji o sposobie jej wytwarzania, bądź innych informacji przydatnych w procesie inżynierii odwrotnej.

Fakt, że powyższe informacje nie stanowią danych wrażliwych przedsiębiorcy znajduje potwierdzenie w praktyce wykonawców, którzy nie widzą potrzeby wyłączenia jawności tego typu danych.

Przesłanki wymienione w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji muszą zachodzić łącznie, wobec czego wykazanie przez Odwołującego braku przesłanki „a” powinno,

co do zasady zwalniać go z konieczności dalszego uzasadniania wniosków zawartych w petitum. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje jednak, że pozostałe przesłanki również nie zachodzą na gruncie rozpatrywanego stanu faktycznego.

Wykaz dostaw wykonanych przez wykonawcę JM-Tronic sp. z o.o. został umieszczony na stronie internetowej tego przedsiębiorcy, dostępnej pod adresem [www.imtronik.pl](http://www.imtronik.pl). Za pomocą dowolnej przeglądarki internetowej osoba postronna, bez konieczności logowania, bądź podania hasła, może się zapoznać z listą podmiotów, na rzecz, których wykonawca JM-Tronic sp. z o.o. dokonał dostawy, kategorią sprzętu, jaki został dostarczony (witryna internetowa posługuje się kategoriami: aparatura zabezpieczeniowa, aparatura pomiarowa aparatura łączeniowa, aparatura rozdzielcza, automatyka i systemy, przekładniki oraz pozostałe produkty), opisem zrealizowanych dostaw oraz zdjęciami potwierdzającymi prawidłowe wykonanie kontraktu.

Dowód: Wydruk ze strony internetowej JM-Tronic sp. z o.o. (zakładka referencje)

Ponadto wykaz wykonanych dostaw zrealizowanych przez JM-Tronic sp. z o.o. (wraz z podaniem wartości kontraktu) został jawnie umieszczony w ofertach, składanych przez tego przedsiębiorcę w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego tj.:

Zakład Mazowiecki - JM-Tronic sp. z o.o. podał listę dostaw oraz modernizacji rozdzielnic wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat.

Dowód: Wyciąg z ofert JM-Tronic sp. z o.o. złożonych w ww. postępowaniach

Informacje zawarte w referencjach w znaczącej mierze pokrywają się z danymi umieszczonymi na stronie internetowej (są to co do zasady te same dane, opatrzone komentarzem odbiorcy, dotyczącym sposobu zrealizowania kontraktu), wobec czego należy stwierdzić, że mimo iż same referencje nie zostały umieszczone na stronie internetowej, wszystkie zawarte tam dane zostały już upublicznione przez JM-Tronic sp. z o.o.

Dodatkowo, podobnie jak wykaz zrealizowanych dostaw referencje wystawione na rzecz JM-Tronic sp. z o.o. zostały jawnie umieszczone w innych ofertach tj.:

1. wszystkich wskazanych powyżej ofertach,
2. ofercie złożonej w postępowaniu na „Wykonanie przebudowy podstacji trakcyjnych „Goleszowska”, „Grzybowska”, „Kawęczyńska” wraz z urządzeniami, prowadzonym przez zamawiającego Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o.

Dowód: Wyciąg z ofert JM-Tronic sp. z o.o. złożonych w ww. postępowaniach

Sprawozdania z badań rozdzielnic nie zostały, co do zasady umieszczone na stronie internetowej, jednak za pośrednictwem powyższej witryny można się zapoznać z dokumentacją rozdzielnic oferowanych przez JM-Tronic sp. z o.o. Przytoczony dokument zawiera w swej treści:

- Dane techniczne oferowanych urządzeń
- Normy, jakie spełniają rozdzielnice
- Warunki pracy tych urządzeń
- Opis budowy rozdzielnic
- Opis wyposażenia
- Opis sposobu działania rozdzielnic
- Inne dane techniczne

Dowód: Wydruk dokumentacji technicznej rozdzielnic ze strony internetowej JM-Tronic sp. z o.o.

Powyższe dane są szczegółowe i opatrzone schematami. Należy zauważyć, że dane zawarte w sprawozdaniu z badania rozdzielnicy są wtórne, wobec informacji umieszczonych na stronie internetowej wykonawcy JM-Tronic sp. z o.o. Brak dostępu do sprawozdań (raportów) z badań uniemożliwia wyciągnięcie jakichkolwiek wniosków, co do prawidłowości i kompletności wykonania badań i spełnienia w ten sposób wymagań normy dla wyrobu. Dane zawarte w dokumentacji rozdzielnic już same w sobie, bez konieczności sięgania do sprawozdania z badań, umożliwiają daleko idącą analizę rozdzielnicy, jej sposobu działania, sposobu, w jaki została skonstruowana oraz kosztów niezbędnych do jej wykonania. W konsekwencji należy stwierdzić, że jeżeli te dane zostały już podane do publicznej wiadomości przez przedsiębiorcę bezcelowe jest wyłączenie jawności innego, mniej szczegółowego dokumentu.

Należy podkreślić, że zgodnie z prawem zamówień publicznych przedsiębiorca nie może wyłączyć jawności danych, które uprzednio zostały podane do wiadomości publicznej, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO (patrz: wyrok z 23 lipca 2012 r. sygn. KIO 1457/12). Umieszczenie informacji na stronie internetowej, bądź w jawnych dokumentach przetargowych sprawia, że staje się ona dostępna dla ogółu, publiczna a przedsiębiorca traci kontrolę nad zakresem osób mających do niej dostęp.

W ocenie Odwołującego również ostatnia z omawianych przesłanek nie została spełniona. Podjęcie działań mających na celu ochronę poufności danych oznacza ograniczenie kręgu osób mających do nich dostęp. W niniejszej sprawie zachodzi zjawisko przeciwne, JM-Tronic sp. z o.o. buduje swoją renomę w oparciu o podanie do publicznej wiadomości listy podmiotów, na rzecz, których dokonywał dostaw oraz danych technicznych oferowanych przez siebie urządzeń. W konsekwencji nie zachodzą przesłanki by twierdzić, że JM-Tronic sp. z o.o. podjął działania mające na celu zachowanie poufności danych, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w złożonej ofercie.

Odwołujący podkreśla, że dokumenty, przedkładane przez wykonawców w postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w przetargu powinny być, co do zasady jawne

(patrz wyrok KIO z 26 kwietnia 2012 r. sygn. KIO 776/12). Wyłączenie jawności przedkładanych dokumentów powinno mieć charakter wyjątkowy i służyć wyłącznie ochronie wrażliwych danych wykonawców. W niniejszej sprawie taka okoliczność nie zachodzi, gdyż zastrzeżone dane po pierwsze w ogóle nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, a po drugie już dawno zostały ujawnione przez samego przedsiębiorcę. Z treści tych danych Odwołujący może z dużą dozą prawdopodobieństwa domniemywać, że JM-Tronic sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w niniejszym postępowaniu, co uprawdopodobnia tezę, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wobec części oferty ma na celu ukrycie braków w ofercie oraz uniemożliwienie pozostałym wykonawcom skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej. Tolerowanie takiego zachowania przez Zamawiającego stanowi zbyt dalekie odejście od reguły jawności oraz przekroczenie uprawnień, przysługujących wykonawcom na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 1 czerwca 2012 r., sygn. KIO 995/12, potwierdziła, że zamawiający jest w każdym przypadku zobowiązany do weryfikacji skuteczności wyłączenia jawności ofert przez wykonawców. W przypadku stwierdzenia bezskuteczności takiego zastrzeżenia zamawiający ma obowiązek odtajnienia informacji. W niniejszej sprawie Zamawiający, mimo wezwania, zaniechał takiej czynności wobec całej treści oferty JM-Tronic sp. z o.o., wobec czego niniejsze odwołanie jest uzasadnione i konieczne.

[...]"

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia JM-Tronic w związku z wskazywanym przez odwołującego brakiem wykazana przez wybranego wykonawcę doświadczenia w dostawach rozdzielnic o napięciu znamionowym sieci wynoszącym co najmniej 12 kV, uznano za niezasadny.

Oдноśny warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawców, w brzmieniu nadanym przez modyfikację SIWZ nr 2 z dnia 11 stycznia 2013 r. sformułowano następująco:

„pkt 9.1. ppkt 1 – posiadają niezbędną do wykonania zamówienia: wiedzę i doświadczenie, to jest wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, należycie zrealizowali dostawy rozdzielnic na napięciu 12 do 20 kV, o wartości stanowiącej, co najmniej: (...).”

W odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ z dnia 11 stycznia 2013 r., w ramach odpowiedzi na pytanie nr 3, wskazano, co następuje:

„Pytanie 3:

*W punkcie 9 Warunki wymagane od wykonawców ubiegających się o zamówienie, Podpunkt 9.1, Zamawiający żąda jako potwierdzenia doświadczenia udokumentowania dotaw rozdzielnic na napięcie 15 do 20 kV.*

*Zamówienie obejmuje co prawda rozdzielnice średnich napięć 15kV i 20kV, natomiast warto zwrócić uwagę jaka jest definicja Sieci średniego napięcia: „sieć średniego napięcia jest to sieć elektroenergetyczna, w której napięcie elektryczne wynosi od 1kV do 60kV”.*

*W polskim systemie elektroenergetycznym występują Sieci średnich napięć 6, 10, 15, 20, 30 kV. Zamawiający zawęży udokumentowane doświadczenie tylko do 15 i 20 kV, natomiast w strategicznych zakładach przemysłowych, kopalniach, elektrowniach i elektrociepłowniach występuje napięcie 6 kV i wówczas dla takich obiektów stosowanie są rozdzielnice na napięcie znamionowe 7,2 lub 12 kV.*

*Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że budowa konstrukcyjna rozdzielnic SN na napięciu 12 kV jest tego samego typu jak dla napięcia 17,5 kV (przedziałowość, klasa i rodzaje dostępności do przedziałów, gabaryty, parametry zwarciove, odporność na skutki łuku elektrycznego, itp.) – wnioskujemy o zaakceptowanie i dopuszczenie referencji z dostaw rozdzielnic średnich napięć 12 kV.*

Odpowiedź:

*Zamawiający wyraża zgodę na propozycję wykonawcy. Tym samym zamawiający rozszerza przedział akceptowanych referencji na: 12 do 20 kV(...).”*

Odwołujący błędnie interpretuje przedmiotowe wymagania SIWZ, jako odnoszące się do dostawy rozdzielnic na napięcie znamionowe sieci 12 kV, a nie przez odniesienie do napięcia znamionowego izolacji rozdzielnicy.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do

przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Znowu w ślad za ustalonym orzecznictwem można tu wskazać, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań specyfikacji, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Szczególnie dla odrzucenia oferty wykonawcy lub jego wykluczenia z postępowania, niebudzące wątpliwości ustalenie znaczenia postanowień SIWZ wydaje się nieodzowne.

Tymczasem w rozpatrywanym przypadku brak podstaw do ustalenia postulowanego przez odwołującego znaczenia SIWZ. W treści warunku nie rozróżniono, które z ww. napięć zamawiający miał na myśli i które dopuścił i wymagał. Tym samym opierając się na literalnej wykładni postanowień SIWZ, a także uwzględniając opisane wyżej postulaty ich interpretacji niejako *in dubio pro reo*, stwierdzić należało, że wskazany warunek udziału w postępowaniu odnosi się do jakiegokolwiek, występującego w obrocie oznaczenia napięcia znamionowego rozdzielnic.

Za istotną w tym zakresie uznano również wykładnię autentyczną dokonaną przez autora dokumentu przetargowego – zamawiającego, który na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie wyłożył swoje intencje przy tworzeniu własnej SIWZ. Przy czym należy podkreślić, że wykładnia autentyczna dokonana przez zamawiającego nie przeczyła w tym przypadku wykładni literalnej, której przy interpretacji postanowień dokumentów przetargowych należy przyznawać pierwszeństwo.

Ostatnim z argumentów, przesądzającym o uznaniu, iż warunek sformułowany przez zamawiającego odnosi się w dolnym, wskazanym przedziale do napięcia znamionowego izolacji rozdzielnic, jest geneza jego powstania. W treści cytowanego wyżej pytania wykonawca wyraźnie wskazał, iż rozdzielnica na napięcie 12 kV jest tego samego typu jak na napięcie 17,5 kV i z tego względu wnioskował o dopuszczenie rozdzielnic 12 kV. Zamawiający wyraził zgodę na taką propozycję wykonawcy. W świetle informacji podanych w samym odwołaniu, iż dla sieci 15 kV występujących w Polsce napięcie izolacji wynosi 17,5 kV, nie ma żadnych wątpliwości, iż wykonawca zadający pytanie posługiwał się napięciem znamionowym izolacji w odniesieniu do rozdzielnic 17,5 kV i takie samo napięcie miał na myśli w odniesieniu do rozdzielnic 12 kV, której dopuszczenie postulował, i do której rozdzielnicę 17,5 kV porównywał. Po prostu nie ma rozdzielnic na napięcie znamionowe sieci 12 kV.

W odwołaniu nie sformułowano zarzutu dotyczącego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w znaczeniu innym niż wskazanie, że dostawa rozdzielnicy posiadającej parametr napięcia znamionowego izolacji w wartości 12 kV oznacza dostawę rozdzielnicy o napięciu znamionowym sieci o wartości 10 kV i w związku z tym wskazane w odwołaniu dostawy wykazywane przez IM-Tronic nie spełniają wymagań SIWZ. W treści odwołania nie zarzucano, aby wykonawca podał nieprawdziwe informacje (złożył nieprawdziwe oświadczenie w załączonym do oferty Wykazie dostaw) w przedmiocie, iż dostarczane przezeń rozdzielnice charakteryzowały się napięciem znamionowym sieci 10 kV i napięciem znamionowym izolacji 12 kV, gdy w rzeczywistości ich napięcie było niższe.

W związku z powyższym, na podstawie art. 190 ust. 7 Pzp, zarzuty wskazujące, iż w ramach niektórych realizacji z załączonego do oferty JM-Tronic Wykazu dostaw, w rzeczywistości dostarczono rozdzielnice 6/7,2 kV zamiast deklarowanych rozdzielnic 10/12 kV (co odwołujący podnosił i wykazywał na rozprawie), pozostawiono bez rozpoznania jako nie sformułowane w treści odwołania. Zarzutu w rozumieniu wyżej przywołanego przepisu nie stanowi samo powołanie naruszonych przepisów prawnych, ani ogólne wskazanie jakiej instytucji czy części oferty zarzut dotyczy, ale dokładne opisanie na czym zarzut polega i na jakich okolicznościach faktycznych się zasadza, czyli np. wskazanie co konkretnie w ofercie, w jaki sposób i dlaczego nie jest zgodne z treścią SIWZ, dlaczego i w jakim zakresie dokumenty załączone do oferty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, które informacje podane w tych dokumentach są nieprawdziwe... *etc.*

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty JM-Tronic z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie przedłożonego certyfikatu uznano za niezasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ);



a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

W pkt 11.2 ppkt 9) SIWZ - na potwierdzenie charakterystyki technicznej oraz wymagań techniczno-konstrukcyjnych rozdzielnic – wymagano przedłożenia:

a) certyfikatu zgodności z obowiązującymi normami wydanego przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą dla kompletnej rozdzielnicy oraz oddzielnie dla wyłącznika,

(...)

JM-Tronic załączyła do swojej oferty certyfikat opisany w treści odwołania (zreferowanej powyżej). Wystawca certyfikatu, Instytut Elektrotechniki w Warszawie jest jednostką notyfikowaną w rozumieniu art. 5 ust. 13 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r o systemie zgodności (Dz.U. z 2010 Nr 138 poz. 935), o czym przesądzają informacje ze strony Komisji Europejskiej oraz Ministerstwa Gospodarki o notyfikowaniu ww. Instytutu (przedstawione przez przystępującego w załączeniu do zgłoszenia przystąpienia) oraz brak informacji w przedmiocie cofnięcia jego notyfikacji.

Tym samym certyfikat spełnia tak postawione, odczytywane literalnie wymagania SIWZ. Powyższe spełniałby właściwie każdy certyfikat dotyczący oferowanego produktu wystawiony przez jednostkę notyfikowaną jako uprawniona jednostka certyfikująca, nawet jeżeli zakres jej notyfikowanych uprawnień dotyczyłby zupełnie innego produktu.

Przy czym zaznaczyć należy, iż wymagania te właściwie należałoby w ogóle pominąć w związku z niemożliwością wypełnienia ich sensowną treścią w świetle wynikającego z odnośnych przepisów prawa znaczenia pojęć, którymi zamawiający się posłużył. W zakresie wytwarzania i wprowadzania do obrotu rozdzielnic średnionapięciowych stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia nie istnieją europejskie normy określające zasadnicze czy szczególne wymagania względem produktu w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r o systemie zgodności (Dz.U. z 2010 Nr 138 poz. 935). Tym samym jednostki certyfikujące, wykazujące, że należycie zidentyfikowany wyrób lub proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi lub szczegółowymi wymaganiami (art. 5 pkt 8 ww. ustawy) nie są notyfikowane (art. 5 ust. 13) jako jednostki uprawnione w ww. zakresie – co jest pomiędzy stronami bezsporne i wynika z dowodów przedstawionych przez odwołującego (mail S..... W..... z dnia 5 maja 2013 r. skierowany do T..... M.....).

Jak wynika z przebiegu rozprawy, odwołujący nie postuluje egzekwowania przedstawienia certyfikatu wystawionego przez jednostkę notyfikowaną w zakresie potwierdzania zgodności z normami przedmiotu niniejszego zamówienia (w związku z niemożliwością dokonania tego typu notyfikacji, sam takiego certyfikatu nie posiada), ale postuluje zastąpienie niemożliwego w tym przypadku do spełnienia wymogu notyfikacji sformułowanego w SIWZ, wymogiem akredytacji jednostki w zakresie adekwatnym do przedmiotu zamówienia. Powyższe nie znajduje oparcia w brzmieniu postanowień specyfikacji – takiego wymagania w jej treści po prostu nie sformułowano.

Za niezasadny uznano również zarzut naruszenia art. 8 Pzp przez nieujawnienie wskazanych fragmentów oferty JM-Tronic, oznaczonych przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego w tym zakresie rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 8 Pzp stanowi:

- a) Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
- b) Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
- c) 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 [...].

Wskazane przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, konkretnie ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), w art. 11 ust. 4 stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Ponadto zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp, strony i uczestnicy postępowania

odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Przepisy ustawy nie stanowią w jaki sposób zamawiający ma osiągnąć konkluzję związaną z kwalifikacją danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma w tym względzie żadnych obowiązków formalnych, poza tymi, które wynikają bezpośrednio z ustawy, konkretnie z art. 8 i 96 ust. 3 Pzp, tj. generalny obowiązek udostępniania wszystkich informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia (w przypadku ofert od chwili ich otwarcia), oraz szczególny (wyjątkowy) obowiązek nieudostępniania informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wypełniających wszystkie przesłanki opisane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sprawą zamawiającego pozostaje w jaki sposób dojdzie do przekonania w przedmiocie zasadności takiego zastrzeżenia. Działania bądź zaniechania zamawiającego w tym zakresie, będą oceniane w postępowaniu odwoławczym nie przez stopień zachowania należytej staranności zamawiającego i ilość podejmowanych działań w tym zakresie, ale przez ocenę materialnej trafności podjętej decyzji. W konsekwencji zamawiający, wdając się w spór, co do skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, winien udowodniać nie swoją należytą staranność, ale udowodniać przed Izłą okoliczności przesądzające o kwalifikacji nieujawnianych przezeń informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 190 ust. 1 Pzp). Tak samo odwołujący winien wykazywać okoliczności przesądzające o niemożliwości kwalifikacji informacji, których ujawnienia się domaga, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie oceniać stopień staranności zamawiającego przy badaniu powyższego.

Postępowanie przed Izłą, jak wynika z przytoczonych wyżej przepisów, jest postępowaniem kontradyktoryjnym, z zasady realizującym postulat szybkości jego prowadzenia, gdzie szczególnego znaczenia nabiera rozkład ciężaru dowodu i inicjatywa dowodowa przejawiana przez strony. Natomiast dowodzenia, iż dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (bądź jej nie stanowią) polega na wykazaniu okoliczności odnoszących się do przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. kumulatywnego wykazania, iż informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej; mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inną wartość gospodarczą; a także podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności lub *a contrario*, że takiego charakteru nie mają, że nie podjęto odpowiednich działań... *etc.*

Nieudostępnione przez zamawiającego pozycje Wykazu dostaw załączonego do oferty JM-Tronic zawierają informacje wypełniające przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, a przynajmniej odwołujący nie wykazał okoliczności, które mogłyby zmienić ich kwalifikację w tym zakresie.

W odniesieniu do przesłanki nieujawnienia informacji i podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności, można postulować poprzestanie na zwykłej deklaracji zastrzegającego tajemnicę wykonawcy – w przypadku oceny tego typu deklaracji jako wiarygodnej oraz przy braku dowodu przeciwnego, brak będzie podstaw aby podawane w niej fakty zakwestionować. Dowodów takich odwołujący nie przedstawił. Wydruki pochodzące ze strony internetowej przystępującego nie zawierają informacji o odbiorcach i kontraktach nie ujawnionych w ww. Wykazie.

Natomiast odnośnie przesłanek odnoszących się do charakteru zastrzeganych informacji, należy wskazać, iż wynikające z Wykazu i referencji dane na temat klientów, z którymi wykonawca utrzymuje związki biznesowe, a także na temat cen i przedmiotu dostaw mogą stanowić informacje posiadające wartość gospodarczą, które przedsiębiorca może objąć ochroną przed konkurentami. Wartość gospodarcza zastrzeżonych danych polega w tym przypadku chociażby na utrudnieniu przejęcia klientów, czemu mogłaby służyć ich identyfikacja oraz uzyskanie informacji na temat polityki cenowej przedsiębiorcy wobec tych podmiotów. Za niewiarygodne uznano twierdzenia odwołującego jakoby były mu to informacje i tak skądinąd znane. Natomiast twierdzenia jakoby informacje na temat ceny realizacji danej usługi czy oznaczenie odbiorcy, były pozbawione jakiegokolwiek gospodarczego znaczenia, uznano ze względów wyżej opisanych za nietrafne. Brak również jakichkolwiek podstaw do wnoszenia, iż dostawy z zastrzeżonych pozycji wykazu były wykonywane na rzecz podmiotów zobowiązanych do udostępniania informacji o umowach przez siebie zawartych w trybie dostępu do informacji publicznej.

Również w odniesieniu do raportu z badań stwierdzono, iż zawiera on informacje o znaczeniu technicznym i technologicznym podlegające ustawowej ochronie. Wystarczające informacje na temat zgodności przebadanego produktu, zakresu badań oraz norm odniesienia, odwołujący może uzyskać z jawnego certyfikatu. Informacje konstrukcyjne przebadanego urządzenia zawiera jawna dokumentacja techniczna. Natomiast raport z badań zawiera w tym przypadku dokładne informacje na temat osiągnięć i nieznanymi powszechnie parametrów urządzenia (a nie tylko zgodności parametrów z przedziałem określonym w odnośnych normach).

Zasadność powyższych konstatacji na temat gospodarczego znaczenia raportu z badań, tym bardziej mógłby potwierdzić fakt zastrzeżenia jego poufności przez jednostkę badania przeprowadzającą, czego przystępujący jednak nie wykazał. Izba oceniła również w tym zakresie dowód przedłożony przez odwołującego – pismo Instytutu Energetyki z dnia 18 kwietnia 2013 r. - stwierdzając, iż stanowisko innej jednostki badawczej niż przeprowadzająca badania, z których raport załączono do oferty wybranej, nie może przesądzić o ocenie informacji, które w nieznanym jej raporcie zostały zawarte.

Dowodów przedkładanych przez uczestników postępowania, innych niż omówionych i powołanych wyżej w zważeniach i ustaleniach Izby, nie uwzględniono w związku z ich brakiem znaczenia dla zapadłego rozstrzygnięcia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).