

Sygn. akt: KIO 1051/15

**WYROK**

**z dnia 3 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 maja 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej z siedzibą w Krośnie oraz ISOPLUS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Jaśle**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej z siedzibą w Krośnie oraz ISOPLUS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i**

**Sanitarnej z siedzibą w Krośnie oraz ISOPLUS Polska Sp. z o.o. z siedzibą 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 2013 r., poz. 907 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 **Krośnie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Jaśle prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Odbudowę urządzeń ciepłowniczych w Jaśle*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej z siedzibą w Krośnie oraz ISOPLUS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwani dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 18 maja 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty *Odwołującego* oraz bezpodstawnego odtajnienia złożonych przez wykonawcę wyjaśnień stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym *Odwołujący* wniósł o uznanie odwołania za zasadne i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty *Odwołującego* oraz wybór oferty *Odwołującego* jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 2 czerwca 2015 r. odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu, wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ - jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez *Odwołującego* wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 19 maja 2015 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 21 maja 2015 r. zgłosił przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: F. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowo - Produkcyjne FRIB-EX F. N. z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej.

Krajowa Izba Odwoławcza nie potwierdziła skuteczności przystąpienia ww. wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, z uwagi na nie przekazanie kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest *Odbudowa urządzeń ciepłowniczych w Jaśle* /Pkt 4 Opisu przedmiotu zamówienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 2/

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 9.5 SIWZ – Dokumenty potwierdzające, że przedmiot zamówienia po jego wykonaniu będzie spełniał wymogi postawione w SIWZ. W celu potwierdzenia, że sieć ciepłownicza i węzły cieplne będące przedmiotem zamówienia po ich wykonaniu spełnią wymogi postawione przez Zamawiającego w SIWZ, Wykonawcy zobowiązani są złożyć:

- 1) schematy montażowe sieci ciepłowniczej i węzłów cieplnych w technologii zastosowanej przez Wykonawcę, wraz ze specyfikacją oferowanych materiałów ,  
Uwaga: Schematy mogą być sporządzone z wykorzystaniem załączonej do SIWZ dokumentacji projektowej.
- 2) Karty katalogowe zaofertowanych materiałów, które w przypadku rur preizolowanych winny zawierać także informacje o zastosowaniu bariery dyfuzyjnej lub jej braku oraz określać współczynnik przewodzenia ciepła dla izolacji  $\lambda$  50.

/Pkt 9.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 11/

### Pkt 14.3 SIWZ – Zawartość oferty

Kompletna oferta musi zawierać:

k) W przypadku stosowania innych rozwiązań techniczno-materiałowych od wynikających z dokumentacji projektowej załączonej do SIWZ Wykonawca zobowiązany jest załączyć:

- k1) schematy montażowe sieci ciepłowniczej i węzłów cieplnych w technologii zastosowanej przez Wykonawcę, wraz ze specyfikacją oferowanych materiałów,
- k2) Karty katalogowe zaoferowanych materiałów, które w przypadku rur preizolowanych winny zawierać także informacje o zastosowaniu bariery dyfuzyjnej lub jej braku oraz określać współczynnik przewodzenia ciepła dla izolacji  $\lambda$  50.

/Pkt 14.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 15/

Ponadto Zamawiający w toku niniejszego postępowania udzielał wykonawcom odpowiedzi m. in. na zadawane pytania, t.j.:

#### Pytanie nr 3

Prosimy o określenie, czy Zamawiający przyzna 4% za ocenę techniczną w przypadku wykazania się posiadaniem bariery antydyfuzyjnej dla średnic rur przewodowych do DN 250 czy jedynie w przypadku posiadania bariery dla wszystkich oferowanych średnic rur?

#### Odpowiedź Zamawiającego z dnia 4 marca 2015 r.

Ocena techniczna prowadzona będzie w oparciu o zapisy pkt 25.2.b) SIWZ. Zastosowanie bariery dyfuzyjnej dotyczy wszystkich oferowanych średnic rur.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że oferty w niniejszym postępowaniu złożyli m. in. następujący wykonawcy:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz ELEKTROTREMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce;
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: F. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowo - Produkcyjne FRIB-EX F. N. z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej;
3. Wykonawca Zakład Usług Ciepłowniczych „TERMIX” Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu;
4. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i

Sanitarnej z siedzibą w Krośnie oraz ISOPLUS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach;

5. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TERMORES Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz K. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Handlowo-Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych i Gazowych „SANTEX” K. C. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27 marca 2015 r./.*

Wobec rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 652/15, Zamawiający unieważnił czynność z dnia 27 marca 2015 r. wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzył czynność badania i oceny ofert.

*/dokumentacja postępowania: Wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 652/15 oraz zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 marca 2015 r./.*

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 4 maja 2015 r. wezwał Odwołującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 4 maja 2015 r. /.*

Odwołujący pismem z dnia 6 maja 2015 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Odwołującego z dnia 6 maja 2015 r., której treść objęta została przez wykonawcę zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa/.*

Pismem z dnia 12 maja 2015 r. Zamawiający odrzucił ofertę m. in. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej z siedzibą w Krośnie oraz ISOPLUS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

*/dokumentacja postępowania: pismo z dnia 12 maja 2015 r., powiadamiające o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej z siedzibą w Krośnie oraz ISOPLUS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach/.*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM

Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej z siedzibą w Krośnie oraz ISOPLUS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wnieśli odwołanie w dniu 18 maja 2015 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej z siedzibą w Krośnie oraz ISOPLUS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z dnia 18 maja 2015 r. /.*

Pismem z dnia 2 czerwca 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty odwołania, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu, wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

*/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 2 czerwca 2015 r. /.*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Izba - oceniając ww. zarzut Odwołującego dotyczący niezasadnego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - uznała, że powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym. Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając niniejszy zarzut - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne:

W pierwszej kolejności w ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że w pkt 9.5.2 SIWZ Zamawiający wskazał na wymagania dotyczące kart katalogowych i było to wymaganie jedynie preferowane przez Zamawiającego. W ocenie Izby ze specyfikacji jasno wynikało, że należy złożyć dokument potwierdzający, iż przedmiot zamówienia będzie spełniał wymagania Zamawiającego – i tu Zamawiający jednoznacznie wskazał na konieczność dołączenia kart katalogowych. To, iż okoliczność ta była jednocześnie kryterium oceny ofert, nie przesądza w ocenie Izby, że miały one – Karty katalogowe - charakter tylko preferencyjny i niewykazanie powyższej okoliczności nie skutkowało odrzuceniem oferty. W ocenie Izby nie dostrzeżono również sprzeczności pomiędzy pkt 9.5.2 SIWZ a 14.3. k) SIWZ, zaś Zamawiający w SIWZ jednoznacznie wskazał w pkt 9.5.2 SIWZ na konieczność złożenia takich kart katalogowych.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, dotyczącej odpowiedzi na pytania udzielone przez Zamawiającego z dnia 4 marca 2015 r., odpowiedzi te dotyczyły przyznawanej punktacji w ramach kryterium oceny ofert.

Odnosząc się zaś do argumentacji dotyczącej oświadczenia wykonawcy zawartego w pkt 9 formularza ofertowego należało w nim określić, oświadczyć jakie rozwiązanie techniczno-materiałowe wykona się do realizacji przedmiotu zamówienia i niewątpliwie oświadczenie to powinno być zgodne z załączonymi przez wykonawcę dokumentami.

Ponadto odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że wykonawca nie przedłożył potwierdzenia wykonania sieci ciepłowniczej średnic DN 250 mm i DN 400 mm z rur preizolowanych z folią aluminiową w celu potwierdzenia oświadczenia złożonego w pkt 9 oferty. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że wykonawca złożył sprzeczne oświadczenia dotyczące sposobu wykonania sieci ciepłowniczej.

Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że co do złożonych wyjaśnień przedstawiony został jedynie asortyment produkcji ISOLUS, z którego wynika, że rury stalowe preizolowane z płaszczem osłonowym z folią aluminiową produkowane są w zakresie średnic DN 20 mm do 200 mm. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że pkt 9.5.2 SIWZ oraz jego wymagania wskazywały na konieczność oświadczenia i potwierdzenia współczynnika  $\lambda$  50.

Zgodzić się należy również, że co do dodatkowej punktacji – i argumentacji Odwołującego w tym zakresie – Zamawiający dokonał odrzucenia i ewentualne przyznanie punktacji dotyczyło wcześniej przeprowadzonych czynności przez Zamawiającego. Słusznie zauważył Zamawiający, że poprzednia czynność Zamawiającego została unieważniona.

Odnosząc się do istotnej zmiany treści oferty zgodzić również należy się z Zamawiającym, że wykonawca dokonał – poprzez złożone oświadczenie – istotnej zmiany treści oferty zastępując zaoferowane w ofercie rury preizolowane z aluminiową folią ochronną na rury bez takiej folii, wobec złożonego w ofercie oświadczenia – które wbrew twierdzeniom Odwołującego – miało znaczenie i stanowiło treść oferty.

Należy zauważyć, że wartość niniejszego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jednak na marginesie odnosząc się do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdzić należy, że Zamawiający dokonał weryfikacji skuteczności zastrzeżenia i tu również nie można zgodzić się z Odwołującym. Odwołujący nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek wymaganych dla ustalenia, że określone wiadomości stanowią tajemnicę



przedsiębiorstwa. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za tajemnice przedsiębiorstwa uznać należy tylko takie informacje, które łącznie spełniają trzy przesłanki: są nieujawnione do wiadomości publicznej, posiadają wartość gospodarczą (np, informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne), przedsiębiorca podjął co do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zastrzeżone przez Odwołującego dokumenty były identyczne jak dokumenty złożone przy wcześniejszych wyjaśnieniach wykonawcy. Wówczas zastrzeżenie to również nie zostało uwzględnione przez Zamawiającego, a dokumenty zostały upublicznione zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi jawności postępowania przetargowego. W związku z tym Izba uznała również – wobec przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji – że postawiony zarzut jest niezasadny.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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).

**Przewodniczący:**

.....