

Sygn. akt: KIO 1132/18

WYROK
z dnia 20 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2018 r. przez Odwołującego: T. P. Skład Węgla, Olej Opałowy z siedzibą w Sierakowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Wejherowie, przy udziale wykonawcy Zakład Innowacyjnych Technik Energetycznych Promat Sp. z o.o. z siedzibą w Chwaszczynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: T. P. Skład Węgla, Olej Opałowy z siedzibą w Sierakowicach i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: T. P. Skład Węgla, Olej Opałowy z siedzibą w Sierakowicach tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego: T. P. Skład Węgla, Olej Opałowy z siedzibą w Sierakowicach na rzecz Zamawiającego: 18 Wojskowego Oddziału Gospodarczego z siedzibą w Wejherowie kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

18 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Wejherowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia którego przedmiotem eksploatacja zlecona systemu ciepłego kotłowni w obiektach administrowanych przez 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy, (numer postępowania 18WOG-SZP.2712.2.2018), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 kwietnia 2018 roku pod nr 2018/S 081-181729.

W dniu 7 czerwca 2018 r. wykonawca T. P. Skład Węgla, Olej Opałowy z siedzibą w Sierakowicach (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego, polegające na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Zakładu Innowacyjnego Technik Energetycznych Promat sp. z o.o. (dalej Przystępujący), w zakresie zadania I - Sekcji Obsługi Infrastruktury – Siemirowice,
2. zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, mimo, że zaoferowana cena była rażąco niska i znacząco odbiegała od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia udzielone w tym zakresie przez wykonawcę były niekompletne;
2. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej Uznk) przez naruszenie zasady jawności postępowania i zaniechanie ujawnienia wyjaśnienia złożonego przez Przystępującego w zakresie kalkulacji ceny oraz braku przesłanek do uznania

wskazanej przez wykonawcę ceny jako rażąco niskiej, mimo, że zastrzeżenie co do jawności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a dotyczących kalkulacji ceny, zostało złożone przez wykonawcę po terminie składania ofert i jako takie nie powinno zostać przez Zamawiającego uwzględnione;

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Przystępującego wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie uznania jego oferty w zakresie zadania nr 1 za odrzuconą, mimo, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie: posiadania zdolności technicznej lub zawodowej;
5. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez jego niezastosowanie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który kwalifikował się do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie: posiadania zdolności technicznej lub zawodowej;
6. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieprawidłowe przyjęcie, że wybrany wykonawca prawidłowo wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego i dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
2. ujawnienie całości złożonych przez Przystępującego wyjaśnień z dnia 23 maja 2018 r., wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania oraz odrzucenie oferty ww. wykonawcy;
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:
 - ogłoszenia o zamówieniu,
 - Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
 - oferty odwołującego wraz z załącznikami,
 - oferty Przystępującego wraz z załącznikami,
 - informacji z otwarcia ofert z dnia 16 maja 2018 r. na okoliczność: wszczęcia procedury przetargu nieograniczonego przez zamawiającego, warunków udziału

w postępowaniu, kryteriów przyjęcia oferty, wartości zamówienia, złożonych ofert w zakresie zadania nr 1 oraz zaoferowanych cen, kalkulacji stawki przyjętej przez wybranego wykonawcę oraz kalkulacji stawki przyjętej przez odwołującego, naruszenia przepisów Pzp przez zamawiającego;

- pisma zamawiającego z dnia 21 maja 2018 r., pisma Przystępującego z dnia 23 maja 2018 r. na okoliczność ustalenia, że zaoferowana przez wybranego wykonawcę cena była rażąco zaniżona, bezpodstawnego zastrzeżenia jawności dokumentacji, braku wyczerpującego udzielenia wyjaśnień żądanych przez zamawiającego, popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez Przystępującego;
 - wydruku: Archiwum cen: PKN Orlen, wydruk: Archiwum cen: Lotos S.A., wydruk: Archiwum cen: Oktan Energy sp. z o.o., na okoliczność: ustalenia kręgu producentów oleju opałowego, wskazania ceny paliwa będącego podstawą kalkulacji złożonych ofert, wykazania, że cena wskazana przez Przystępującego jest rażąco zaniżona, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postępowania nr 91/2014 na okoliczność ustalenia braku spełnienia przez wybranego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;
 - pisma Zamawiającego z 30 maja 2018 r. na okoliczność wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, dokonanie przez Zamawiającego czynności sprzecznej z przepisami Pzp, naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego;
 - świadectwa autoryzacji nr 50/ADEP/2014 na rok 2018,
 - zaświadczenia z PKN Orlen z dnia 05.06.2018 r., zasad sprzedaży oleju napędowego grzewczego Ekoterm Plus w ramach systemu opustów w hurtowej sprzedaży Ekotermu Plus na sezon grzewczy 2017/2018 na okoliczność posiadania przez odwołującego uprawnień autoryzowanego dystrybutora oleju napędowego grzewczego, możliwych upustów cenowych przeznaczonych dla autoryzowanych dystrybutorów;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie z przedłożonym uprzednio rachunkiem.

Z ostrożności - w przypadku zawarcia do czasu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego przez Zamawiającego umowy z wykonawcą wyłonionym w toku postępowania, Odwołujący wniósł o:

5. unieważnienie umowy oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przetargu nieograniczonego, będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamówienie zostało podzielone na 4 zadania, w tym zadanie nr 1 dotyczące Sekcji Obsługi Infrastruktury - Siemirowice. W zakresie zadania nr 1, zostały złożone dwie oferty:

1. Przystępującego, na kwotę 23 991 897,60 złotych brutto, (28 790 277,12 złotych brutto z prawem opcji),
2. Odwołującego, za kwotę 30 768 249,60 złotych brutto, (36 921 899,52 złotych brutto z prawem opcji).

W dniu 21 maja 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie zadania nr 1. Zamawiający wskazał, że w toku badania i oceny ofert stwierdził, że zaoferowana przez wykonawcę cena w kwocie 126,22 złotych brutto za 1 GJ wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. Przystępujący w piśmie z dnia 23 maja 2018 r. wskazał, że w jego ocenie brak jest przesłanek wskazujących na zaistnienie rażąco niskiej ceny, jednocześnie zastrzegł złożone wyjaśnienia wraz z dowodami jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W dniu 30 maja 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 – oferty Przystępującego.

W ocenie Odwołującego, oferta Przystępującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 1, a złożone na okoliczność możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny wyjaśnienia nie spełniały wymogów art. 90 ust. 1-3 Pzp.

Jak wskazał zamawiający w swoim piśmie z 21 maja 2018 r., najważniejszym składnikiem cenotwórczym w przedmiotowym postępowaniu był koszt zakupu opału. Przystępujący, powołał się na fakt, że zaoferowana przez niego cena nieznacznie odbiega od ceny wskazanej przez zamawiającego po otwarciu ofert. Wykonawca ten podniósł, że cena w kwocie 30 584 758,48 złotych brutto wskazana przez zamawiającego dotyczy kwoty zamówienia podstawowego wraz z prawem opcji, w związku z czym zaoferowana przez niego cena odbiega jedynie nieznacznie od wskazanej kwoty.

Zdaniem Odwołującego najważniejszym składnikiem cenotwórczym w kalkulacji ceny dotyczącej przedmiotowego postępowania jest koszt zakupu i dostawy opału. Jedynymi producentami oleju opałowego grzewczego Ekoterm Plus są: PKN Orlen S.A., Grupa Lotos S.A., Oktan Energy & V/L Service sp. z o.o. Na dzień składania ofert cena paliwa będącego podstawą kalkulacji wynosiła 2,761 zł netto. W kalkulacji ceny 1 GJ (GJ = 35 litrów oleju opałowego) Odwołującego zakup oleju opałowego wraz z dostawą wynosił 110,00 zł netto

(3,14 zł za 1 litr z dostawą). W kalkulacji ceny 1 GJ (GJ = 35 litrów oleju opałowego) Przystępującego zakup oleju opałowego wraz z dostawą wynosił 76,37 zł netto (2,18 zł za 1 litr z dostawą). Przystępujący, w przeciwieństwie do Odwołującego, nie jest autoryzowanym dostawcą żadnego producenta w Polsce, przez co dokonując zakupu oleju opałowego grzewczego musi korzystać z pośredników na rynku handlu paliwami, co generuje dodatkowy koszt. Potwierdza to nierealność złożonej oferty - cena zaoferowana przez Odwołującego była jedną z najniższych możliwych na rynku, przy czym była aż o blisko 22% wyższa od ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę.

Wyjaśniając powyższe, na uwagę zasługuje również specyfika branży oraz cen występujących w tym zakresie na rynku. Odwołujący podkreślił, jako wieloletni autoryzowany dostawca paliw, że na rynku paliw w Polsce mogą występować w danym momencie jedynie minimalne różnice cenowe pomiędzy producentami. System ciepły w Siemirowicach pod względem technicznym jest przystosowany do opalania olejem opałowym grzewczym Ekoterm Plus, o odpowiedniej jakości. Zastosowanie innego czynnika grzewczego o innych właściwościach oraz parametrach typu: kaloryczność, zawartość popiołu czy siarki wymagałoby modernizacji technologicznej, a to nie jest elementem przedmiotu zamówienia. Odwołujący eksploatuje taki od 12 lat i posiada kompletną wiedzę co do zasad i kosztów jego eksploatacji. Doświadczenie to pozwoliło odwołującemu na realną i rzeczywistą wycenę wartości oferty.

Przystępujący ponadto nie dokonał wizji lokalnej, ułatwiającej wykonanie wyceny usługi. Tym samym, nie był w stanie zapoznać się z zakresem i pełnymi kosztami realizacji zamówienia, co ewidentnie miało wpływ na wartość jego oferty.

Cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową. W ocenie Odwołującego cechy te można było przypisać ofercie Przystępującego.

Z treści informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że wyjaśnienia przedłożone przez Przystępującego zawierały istotne braki. Zamawiający wskazał wyraźnie na kwestie wymagające wyjaśnienia. Wykonawca nie odniósł się do większości informacji wymaganych przez zamawiającego w pkt 2-4 jego pisma, tj. nie wskazał informacji dotyczących: przyjętych do kalkulacji odległości transportu paliwa, przyjętej ceny 1m³ oleju napędowego do celów grzewczych oraz wskazania dnia, z jakiego przyjęto do przeliczenia wartości zakupu i transportu opału, częstotliwości transportu i pojemności zbiornika zabudowanego na pojeździe służącego do jego dowozu. Powyższe powinno stanowić podstawę do odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania określoną w art. 8 Pzp,

co ma bezpośredni związek z uniemożliwieniem odwołującemu weryfikacji złożonych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez ww. wykonawcę ceny. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp: „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, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.” Przystępujący dopiero w swoim piśmie dotyczącym wyjaśnienia wskazanej ceny z dnia 23 maja 2018 r. zastrzegł jawność przedstawionej dokumentacji. Powyższe nastąpiło już po terminie składania ofert, który upłynął w dniu 16 maja 2018 r.. Zamawiający w rozdziale 13 ust. 7 SIWZ wskazał na termin zastrzegania jawności składanej dokumentacji: Informacje zawarte w ofercie, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503 ze zmianami, co do których Wykonawca zastrzegł, nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być udostępniane, muszą być oznaczone klauzulą: „Nie udostępniać - tajemnice przedsiębiorstwa” i załączone, jako odrębna część niezłączona z jawną częścią oferty w sposób trwały. Art. 8 ust. 3 Pzp, w przypadku zamiaru zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji zawartych w ofercie, z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa, nakłada na wykonawcę, już na etapie składania oferty, obowiązek zadeklarowania jakie dokumenty i w jakim zakresie będą objęte ww. tajemnicą. Mimo powyższego, Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odtajnienia wyjaśnień Przystępującego w zakresie wyjaśnienia dotyczącego rażąco niskiej ceny oraz załączonej dokumentacji. Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania i zaniechał ujawnienia całej treści pisma wykonawcy wraz z załącznikami mimo, że zastrzeżone informacje nie spełniały ustawowych przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wskazany wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia. Informacje takie jak: odległości transportu paliwa, częstotliwości transportu o pojemności zbiornika zabudowanego na pojeździe nie powinny zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający na podstawie art. 8 ust. 1-3 i art. 7 ust. 1 Pzp był zobowiązany do rzetelnej weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy w ofercie Przystępującego i ujawnienia wszelkich informacji nieprawidłowo zastrzeżonych lub niebędących w ogóle informacjami o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wykazał przesłanek uzasadniających objęcie "sposobu wykonania kalkulacji" tajemnicą przedsiębiorstwa. Twierdzenia Przystępującego w tym zakresie były ogólne i lakoniczne. Wykonawca nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek dowodów, tj. na przykład regulaminu pracy, zanonimizowanych umów o pracę czy umów o zakazie konkurencji, zawierających klauzule o zachowaniu poufności przez pracowników.

Istotą ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, że powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert.

Wskazane naruszenie przepisów ustawy, miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem gdyby Zamawiający dokonał ujawnienia bezzasadnie zastrzeżonych wyjaśnień, Odwołujący przez ich weryfikację miałby możliwość zakwestionowania ich prawdziwości oraz rzetelności jak również tego, czy Przystępujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji w ocenie Odwołującego złożenie przez Przystępującego oferty zawierającej rażąco niską, niewystępującą na rynku cenę, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Przystępujący świadomie, w celu utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom, zaoferował ceny wykonania usługi będącej przedmiotem postępowania, niedostępne na rynku. Zamawiający wymagał uwzględnienia w cenie 1 GJ energii cieplnej wszystkich kosztów i czynników cenotwórczych, mających wpływ na wielkość opłat ponoszonych przez wykonawcę m.in. kosztów zakupu i dostawy opału, kosztów użyczenia pomieszczeń, kosztów zużywanych mediów komunalnych i utylizacji odpadów, w tym niebezpiecznych dla środowiska (szlaka, popiół, itp.). Przystępujący tymczasem celowo podał zaniżone ceny za 1 GJ oraz bezpodstawnie, po terminie, wniósł o utajnienie wszystkich informacji w zakresie wyjaśnień dotyczących zaniżonej ceny, aby uniemożliwić ich weryfikację przez pozostałych wykonawców. Zamawiający naruszył przepisy Pzp ponieważ zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o Uznk.

W zakresie zarzutów 4, 5 i 6 Odwołujący wskazał: zgodnie z rozdziałem 6 ust. 1 pkt 2a SIWZ, „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej”. Dalej wskazano, że: „Warunek zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał lub wykonuje minimum dla zadania I: 1 (jedno) zamówienie na usługę eksploatacji systemu ciepłego w kotłowniach na paliwo ciekłe o mocy nie mniejszej niż 6500 kW, oraz na kwotę minimum 5 000 000,00 zł brutto.” W toku postępowania Przystępujący przedstawił wykaz zamówień na eksploatację zleconą systemu ciepłego w zakresie zadania nr 1 oraz referencje, w których wskazał na usługę wykonaną na rzecz 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku, Jednostka Wojskowa w Orzyszu. W ocenie Odwołującego wskazane dokumenty nie potwierdzały jednak spełnienia wymienionego warunku udziału w postępowaniu. Przedmiot zamówienia w omawianym przetargu został opisany w rozdziale III SIWZ oraz w zadaniach dla eksploratora. W przedmiocie zamówienia wskazano, że usługa polegać miała na: „eksploatacji systemu ciepłowniczego, produkcji czynnika grzewczego dla potrzeb co, cwu i pary technologicznej wraz z dostawą przez siedzi ciepłownicze niskich parametrów do wymienników i węzłów ciepłych”. Do zadań wykonawcy w zakresie wykonywania wskazanej usługi należało m.in. obsługa i utrzymanie obiektów i urządzeń wytwarzających, przetwarzających czynnik grzewczy oraz sieci niskich parametrów do zaworu głównego za urządzeniem pomiarowym zlokalizowanym w węźle odbiorcy. Nadto, usługa dotyczyć miała sieci ciepłych niskich parametrów wykonanych metodą tradycyjną w latach 80-tych. Z powyższych postanowień wynikało, że zakres odpowiedzialności wykonawcy kończył się na zaworze w wymiennikowni, a nie ostatnim elemencie systemu ciepłego, czyli grzejnikach.

Zakres eksploatacji systemu ciepłego w przedmiotowym postępowaniu jest znacznie szerszy, bowiem zgodnie z treścią SIWZ obejmuje: „eksploatację zleconą systemów ciepłych od źródła ciepła do grzejników oraz węzownic central wentylacyjnych”. Natomiast w usłudze świadczonej w 24 WOG Giżycko zakres zadania był mniejszy i kończył się na wymiennikach ciepła oraz zaworach głównych zlokalizowanych w tych wymiennikowniach. Zatem zakres usługi świadczony w 24 WOG Giżycko nie był tożsamy z zakresem przedmiotu zamówienia w 18WOG Wejherowo.

Żądając wykazania przez wykonawców wykonania w okresie ostatnich 3 lat zamówienia na usługę eksploatacji systemu ciepłego w kotłowniach na paliwo ciekłe, należało przyjąć, że usługa ta winna obejmować zakres wskazany w przedmiocie niniejszego postępowania. W przeciwnym bowiem wypadku, referencje o węższym zakresie usługi w stosunku do przedmiotowego postępowania, nie mogłyby spełniać swojej podstawowej funkcji jaką jest potwierdzenie zdolności technicznej wykonawcy w zakresie należytego wykonania usługi, będącej przedmiotem zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, mimo, że zaoferowana cena była rażąco niska i znacząco odbiegała od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia nie potwierdziły się.

W toku oceny ofert złożonych przez wykonawców w ramach zadania nr 1 Zamawiający uznał, że cena oferty Przystępującego budzi wątpliwości co do możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. W dniu 21 maja 2018 r., na tą okoliczność została sporządzona notatka służbowa: „W wyniku przeprowadzonej analizy kalkulacji stawki 1 GJ ze złożonych ofert do przetargu nieograniczonego na eksploatację zleconą systemu ciepłego w obiektach administrowanych przez 18 WOG, należy zauważyć bardzo dużą rozpiętość cenową poszczególnych ofert zaczynającą się od kwoty 126,22 do 182,29 zł za wytworzenie 1 GJ z oleju napędowego grzewczego.

Powoduje to powstanie u Zamawiającego wątpliwości co do podstawy wyliczenia poszczególnych składników cenotwórczych przyjętych do kalkulacji ceny 1 GJ. Najważniejszym składnikiem cenotwórczym w kalkulacji jest zakup i dostawa opału. Analizując trend cenowy oleju do celów opałowych u dystrybutorów takich jak: Lotos i Orlen, należy zauważyć, że cena za metr sześcienny oleju charakteryzuje się mocną tendencją wzrostu i tak cena z dnia 5 kwietnia bieżącego roku wynosiła 2445 zł/m³ — Orlen, Lotos 2446 zł/m³, zaś w dniu 18 maja 2833 zł/m³ — Orlen, Lotos 2833 zł/m³. Złożona oferta przez

Zakład Innowacyjnych Technik Energetycznych Promat budzi największe wątpliwości co do realizacji przedmiotu umowy w zadaniu 1 — SOI Siemirowice przez okres 48 miesięcy. Wątpliwości dotyczą kalkulacji ceny zakupu i dostawy opału, którą wyżej wymieniony zakład wycenił na kwotę 76,37 zł. Z przeprowadzonej analizy ceny opału wraz z dostawą przy cenie oleju opałowego z dnia 17 maja 2767 zł/m³ — Orlen powinna wynosić około 97,43 zł. Różnica to aż 21,06 zł, rocznie przy zakładanej ilości do wytworzenia 47 520 GJ wynosi 1 000 771,20zł.”

Wobec powyższych wątpliwości Zamawiający 21 maja 2018 r., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Ze względu na fakt, że najważniejszym składnikiem cenotwórczym w kalkulacji stawki 1 GJ był koszt zakupu i dostawy opału, Zamawiający wezwał Wykonawcę do przedstawienia sposobu wyliczenia tej części oferty oraz do złożenia dowodów, tj:

1. wskazanie miejsca zakupu oleju napędowego grzewczego i przysługujących,
2. ulg w jego zakupie, przyjętych do kalkulacji odległości transportu paliwa,
3. przyjętej ceny 1 m³ oleju napędowego do celów grzewczych oraz wskazania dnia z jakiego przyjęto do przeliczenia wartości zakupu i transportu opału,
4. częstotliwości transportu i pojemności zbiornika zabudowanego na pojeździe służącego do jego dowozu.

W dniu 23 maja 2018 r. Przystępujący przesłał Zamawiającemu dotyczące wskazanego wyżej zakresu wyjaśnienia, zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień został załączony komplet dokumentów, zgodnie z wymogami wskazanymi w treści wezwania. Przystępujący wskazał sposób, w jaki dokonał kalkulacji cenowej, a w oparciu o załączone dowody wykazał, że zaoferowana cena ma realny charakter, czyniąc zadość wymogom wynikającym z art. 90 ust. 2 Pzp, wskazującego, że obowiązek udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

W ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania złożonych wyjaśnień. Odpowiadały one zarówno treści jak i celowi wezwania z 21 maja 2018 r.. Zarzuty odwołania, w szczególności zmierzające do wykazania, że przedmiotowe wyjaśnienia nie stanowiły odpowiedzi na wszystkie, zadane przez Zamawiającego pytania, nie potwierdziły się.

Tym samym nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarzut powyższy został przez Odwołującego oparty o założenie, że oferta Przystępującego zawiera rażąco

niską cenę. Wobec nie potwierdzenia się tego faktu, Izba uznała, że zarzut nr 3 również nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieprawidłowe przyjęcie, że wybrany wykonawca prawidłowo wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej nie potwierdziły się.

Zgodnie z SIWZ o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w ramach zadania nr 1, mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek miał zostać uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykazałby, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy — w tym okresie wykonał lub wykonuje minimum jedno zamówienie na usługę eksploatacji systemu ciepłego w kotłowniach na paliwo ciekłe o mocy nie mniejszej niż 6500 kW oraz na kwotę minimum 5 000 000,00 zł brutto.

Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podst. art. 26 ust. 1 Pzp, z 24 maja 2018 r. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp przedłożył wykaz wykonanych usług wraz z referencjami potwierdzającymi należyłą realizację przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Przystępujący wykazał się realizacją zadania zrealizowanego na rzecz 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku. Przedmiotem zadania była eksploatacja systemów ciepłowniczych na terenie Jednostki Wojskowej w Orzyszu, obejmującej zakresem 6 kotłowni olejowych. Łączna moc eksploatowanego systemu ciepłego wynosiła 13 324 kW. Zadanie zostało zrealizowane w okresie 16 marca 2015 r. – 15 marca 2018 r., a jego łączna wartość wyniosła 20 129 765,58 zł. Referencje wystawione Przystępującemu przez 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku, wskazywały, że „zgodnie z umową nr 154/2015 Promat realizował n/w zadania:

- a) Obsługa kotłowni zgodnie z instrukcją obsługi.
- b) Otrzymanie odpowiedniej ilości paliwa w kotłowniach.
- c) Zabezpieczenie ciągłych dostaw energii cieplnej o odpowiednich parametrach.
- d) Utrzymanie infrastruktury systemu ciepłego w pełnej sprawności technicznej.
- e) Utrzymanie w sezonie grzewczym w zasilanych budynkach określonych w umowie temperatur normatywnych oraz dostawa c.w.u. oraz pary technologicznej przez cały rok.

- f) Naprawa, konserwacja i bieżące usuwanie awarii w kotłowniach oraz sieciach ciepłych.
- g) Prowadzenie przeglądów bieżących i okresowych infrastruktury ciepłej.”

W ocenie Izby treść referencji potwierdza, że powyższe zadanie, na którego realizację powołał się Przystępujący było wystarczające dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Punkt e) referencji przeczy ponadto twierdzeniu Odwołującego, jakoby Przystępujący nie realizował usługi polegającej na dostawie energii ciepłej do grzejników. Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej fakty, Izba uznała, że wykaz usług złożony przez Przystępującego wraz z załączonymi na potwierdzenie należytej realizacji tych usług dowodami w pełni korespondował z treścią warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Wskazane przez Przystępującego parametry zrealizowanej usługi, jak również jej wartość, odpowiadały wymogom Zamawiającego przedstawionym w SIWZ.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy i stanowiska stron zaprezentowane w toku rozprawy przyjąć należy, że Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania pod zarzutem nie wykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Argumentacja Odwołującego, zmierzająca do wykazania, że przedmiot zamówienia w przedmiotowym postępowaniu ma szerszy zakres niż w zadaniu, na którego realizację powołał się Przystępujący stanowiła w ocenie Izby próbę polemiki z treścią warunku udziału w postępowaniu określonym w SIWZ. Uznanie stanowiska Odwołującego za słuszne musiałyby doprowadzić do zaostrenia tych warunków, co na etapie oceny ofert byłoby niedopuszczalne. Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej został sformułowany w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, nie ma zatem podstaw, by uznać, że Przystępujący wykazując realizację zadania o podobnym charakterze, w pełni odpowiadającego żądanym przez Zamawiającego parametrom został wykluczony z postępowania w myśl dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W tej sytuacji Izba uznała, że zarzuty odwołania o numerach od 4 do 6 nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Uznk przez naruszenie zasady jawności postępowania i zaniechanie ujawnienia wyjaśnienia złożonego przez Przystępującego w zakresie kalkulacji ceny oraz braku przesłanek do uznania wskazanej przez wykonawcę ceny jako rażąco niskiej potwierdziły się.

Przystępujący składając w dniu 23 maja 2018 r. wyjaśnienia dotyczące możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie zastrzegł ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy zawarte w treści ww. wyjaśnień brzmiało: „Wykonawca wnosi o utajnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, tj. wszystkich informacji wskazanych w pkt III niniejszego pisma, a także dowodów na ich potwierdzenie, tj. załączników nr 1-6 do niniejszego pisma. Wykonawca wskazuje, iż wszystkie powyższe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.n.z.k.l. Wszystkie te informacje są nieujawnione do wiadomości publicznej, zawierają informacje posiadające znaczącą wartość gospodarczą dla Wykonawcy, wynegocjowane ceny i warunki handlowe, know-how Wykonawcy dotyczące kalkulacji cen oferty, które ujawnione konkurencyjnym przedsiębiorcom ułatwią im sporządzanie ofert, obniżając konkurencyjność Wykonawcy na specyficznym rynku zamówień tożsamych z tym, które objęte jest niniejszym postępowaniem, i w konsekwencji utrudniłyby Wykonawcy ubieganie się o udzielenie kolejnych zamówień. Z powyższych względów informacje te, a także treść załączników do niniejszego pisma, nie są powszechnie dostępne i Wykonawca, chroniąc swoją tajemnicę przedsiębiorstwa, podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, tj. zadbał o to aby treścią stosownych umów, oświadczeń i procedur, zobowiązać osoby zatrudnione u Wykonawcy i współpracujące z nim, do zachowania w tajemnicy tych informacji, zadbania o ich bezpieczeństwo, sposobu w jaki to mają czynić, pod rygorem sankcji. Dostęp do tych informacji mają wyłącznie osoby uprawnione, zobowiązane do zachowania poufności, i to wyłącznie przy użyciu indywidualnych identyfikatorów, kluczy, haseł dostępu, itp. Dane dotyczące prowadzonej przez Wykonawcę działalności handlowej, warunków jej prowadzenia, uzyskane ceny, upusty, treść zawartych umów, faktury, potwierdzające te ustalenia, oświadczenia kontrahentów, a także sposób szacowania ceny oferty, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.”

Jedną z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia jest ich jawność. Zasada ta, wyrażona w art. 8 ust. 1 Pzp nie ma charakteru bezwzględny, w określonych przypadkach może zostać ograniczona, ale spełnienie przesłanek dopuszczalności takich ograniczeń, jako wyjątków od reguły jawności, musi być restrykcyjnie przestrzegane. Kluczowy dla oceny zakwestionowanego w odwołaniu zastrzeżenia wyjaśnień Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest art. 8 ust. 3 Pzp stanowiący, że „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”. Zgodnie z art. 11 ust.4 Uznk „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.” Dla prawidłowego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie spełnienia przesłanek zawartych w przytoczonym przepisie Uznk. O ile pojęcie wykazania nie jest tożsame z udowodnieniem i ma zdecydowanie bardziej liberalny charakter, to obowiązki zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy należy interpretować przez pryzmat zasady jawności postępowania. Konieczność wykazania spełnienia przesłanek nie oznacza obowiązku przedstawienia dowodów na ich zaistnienie, a jedynie uprawdopodobnienie. Przedstawienie lakonicznego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy nie jest jednak wykazaniem, w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego wskazująca, że zastrzeżenie wyjaśnień składanych na etapie oceny ofert później, niż z dniem składania ofert jest nietrafna. Ugruntowane orzecznictwo Izby wskazuje, że w przypadku składania wyjaśnień po upływie terminu składania ofert właściwym momentem do uzasadnienia zastrzeżenia jest chwila składania wyjaśnień. Nie można żądać od wykonawców, by do dnia złożenia ofert przewidywali fakt wezwania do złożenia wyjaśnień na etapie oceny tych ofert. W przeciwnym wypadku byłiby oni zmuszeni do - z ostrożności - zastrzegania treści ewentualnych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo braku wiedzy jakiego zakresu informacji wezwanie do ich złożenia będzie dotyczyć.

Zarzuty dotyczące zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego są jednak słuszne. O ile termin zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa był prawidłowy, o tyle sposób wykazania przesłanek z art. 11 ust. 4 Uznk nie dawał Zamawiającemu podstaw do nieodtajnienia treści wyjaśnień wraz z załącznikami. Przystępujący zamiast wykazać zasadność zastrzeżenia jedynie je zadeklarował. Przytoczone wyżej uzasadnienie ochrony informacji zawartych w wyjaśnieniach ma charakter ogólnikowy i powierzchowny. Nie mogło być ono zatem uznane za wystarczające dla uznania, że wykonawca uczynił zadość wynikającemu z art. 8 ust. 3 Pzp obowiązkowi wykazania, że są istotne powody, by Zamawiający uczynił wyjątek od zasady jawności postępowania nie ujawniając treści wyjaśnień.

Art. 192 ust. 2 Pzp stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy które miało, lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego względu, mimo, że zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych 23 maja 20118 r. przez Przystępującego potwierdził się, to Izba uznała, że odwołanie w tej części nie zasługuje na uwzględnienie. Odtajnienie wyjaśnień Przystępującego nie zmieniłoby wyniku postępowania o udzielenie zamówienia, wobec tego Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w punkcie 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....