

Sygn. akt: KIO 443/18

WYROK

z dnia 19 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 marca 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2018r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155 lok. U 3 i Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BCC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie, ul. Gen. J. Bema 42A** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Województwo Małopolskie Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego z siedzibą w Krakowie, ul. Raclawicka 56**

przy udziale **wykonawcy T. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T. Ś. Efektywniej z siedzibą we Wrocławiu, ul. Okrężna 26** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 443/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu ponowną ocenę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie uzasadnienia tego zastrzeżenia i odtajnienie dwóch ostatnich akapitów pisma T. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T. Ś. Efektywniej z siedzibą we Wrocławiu, ul. Okrężna 26 z dnia 11 grudnia 2017r., w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża **Województwo Małopolskie Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego z siedzibą w Krakowie, ul. Raclawicka 56 i:**

- 2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155 lok. U 3 i Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BCC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie, ul. Gen. J. Bema 42A** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. Zasądza od **Województwa Małopolskiego Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego z siedzibą w Krakowie, ul. Raclawicka 56** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155 lok. U 3 i Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BCC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie, ul. Gen. J. Bema 42A** kwotę **18 600zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu uiszczanego wpisu i zastępstwa prawnego.

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie ocen energetycznych budynków na terenie województwa małopolskiego mających na celu przygotowanie projektów w ramach Działania 4.4 RPO WM 2014-2020 zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 października 2017r. za numerem 2017/S 193-396188.

W dniu 26 lutego 2018r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 7 marca 2018r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie i Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu komplementariusza upoważnionego do reprezentacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będącego upoważnionym do reprezentacji spółki komandytowej. Spółka komandytowa działała w imieniu własnym i partnera na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 marca 2018r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 7 marca 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. Ś. Efektywniej, pomimo iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej, odnoszącej się do doświadczenia wymaganego od wykonawcy;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. Ś. Efektywniej, pomimo iż wykonawca złożył informacje wprowadzające w błąd zamawiającego;
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 —3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia uzasadnienia do objęcia klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

Odwołujący wskazał, że oferta odwołującego zajmuje drugie miejsce w rankingu ofert dla części czwartej, jest poprawna pod względem formalno-prawnym jak i merytorycznym. Gdyby nie zaniechanie Zamawiającego w zakresie wykluczenia wykonawcy T. Ś. Efektywniej z postępowania, to oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Z uwagi na powyższe, odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż ze względu na nieprawidłowy wybór oferty może ponieść szkodę.

Odwołanie dotyczy czwartej części postępowania.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wykluczenie wykonawcy T. Ś. Efektywniej na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy;
- wykluczenie wykonawcy T. Ś. Efektywniej na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy;
- odtajnienie uzasadnienia do objęcia klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
- dokonanie ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert; w konsekwencji:
- dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

W zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy T. Ś. Efektywniej z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu - art. 24 ust. 1 pkt 12

Zamawiający w rozdziale VI SIWZ wymagał, aby wykonawca wykazał wykonanie w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się usługę, polegającą na wykonaniu audytów energetycznych i/lub świadectw/a charakterystyki energetycznej dla co najmniej 15 budynków, w ramach jednej umowy.

Definicja budynku winna być spójna z definicją wskazaną w art. 3 ust. 2 ustawy Prawo Budowlane.

Wykonawca T. Ś. Efektywniej w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 26.01.2018 wzywające do złożenia dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej na formularzu stanowiącym załącznik nr 5 przedłożył wykaz wskazujący wykonanie 2 usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, jednakże zarówno z treści przedłożonych referencji jak i weryfikacji prawdziwości danych wskazanych w wykazie nie wynika, że wykonawca wykazał spełnianie warunku. Przedłożone wraz z ofertą referencje T. Ś. w opinii odwołującego nie spełniają wymogów SIWZ co zostało zgłoszone do zamawiającego w piśmie z dnia 15.12.2017 r

Jako dowód powołał pismo z 15.12.2017 r.

Pierwsza wskazana przez T. Ś. Efektywniej referencja dotyczyła wykonania 320 certyfikatów energetycznych dla lokali mieszkalnych. Wskazane przez T. Ś. Efektywniej doświadczenie nie spełnia zatem wymagań stawianych przez zamawiającego. Czym innym jest bowiem wykonanie certyfikatu lokalu mieszkalnego, a czym innym całego budynku mieszkalnego wielorodzinnego. Z punktu widzenia celu zamawiającego i proporcjonalności wymaganego warunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający chciał wyłonić wykonawcę, który dysponuje doświadczeniem w wykonywaniu charakterystyk energetycznych dla budynków mieszkalnych, a nie odrębnych lokali mieszkalnych, które różnią się nawet w zakresie wzoru

charakterystyki energetycznej określonego w rozporządzeniu.

Zamawiający pismem z dnia 26.01.2018 roku wezwał wykonawcę T. Ś. Efektywniej do złożenia dokumentów. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedstawił nowe dokumenty potwierdzające wykonanie usług zgodnie z wymogami SIWZ. W tabelach załącznik nr 5 do SIWZ wskazano:

- a) Wykonanie audytów energetycznych 17 budynków dla firmy Caddy Energy ul. Piastowska 4, 59-241 Legnickie Pola
- b) Wykonanie audytów 37 budynków mieszkaniowych dla ZGM w Dzielnicy Praga — Północ m.st. Warszawy.

Na stronie internetowej Wykonawcy T. Ś. Efektywniej <http://www.efektywniej.pl/o-firmie/> znajduje się dokument wskazujący, że referencja zamieszczona w wykazie dotyczy Zespołu Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie.

Referencja przedstawiona zamawiającemu przez wykonawcę T. Ś. Efektywniej, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotycząca pierwszej pozycji wykazu, zdecydowanie odbiega od referencji, jaka znajduje się na stronie firmy T. Ś. Efektywniej. Znajdują się w niej zbieżne elementy dotyczące celu wykonania audytu oraz zakresu termomodernizacji, natomiast w części dotyczącej wykazu budynków, których usługą obejmowała, dokumenty są kompletnie różne.

Doświadczenie Wykonawcy T. Ś. nie spełnia zatem warunków zawartych w SIWZ, gdyż nie obejmuje 15 budynków, wykonanie tej usługi nie może więc spełniać warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo, nieprawdziwe informacje wykazane powyżej zostały dowiedzione przez odwołującego przez przeprowadzenie w dniu 06.03.2018 wizji lokalnej Zakładu Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie. Wizja lokalna nieruchomości również wykazała 11 budynków.

Odwołujący przeprowadził weryfikację prawdziwości danych zawartych w liście referencyjnym i zbadał zakres zamówienia wskazany w dokumentach. Zgodnie z danymi geodezyjnymi zawartymi na stronie www.mapv.geoportal.gov.pl [Jako dowód odwołujący powołał wydruk z mapy geportalu z zaznaczeniem budynków numerycznie; <http://mapy.geoportal.gov.pl/imap/?gpmmapzgp0&actions-ac>ShowServices KATASTER>; wydruk ze strony Wykonawcy <http://www.efektywniej.pl/o-firmie/>](http://mapv.geoportal.gov.pl/imap/?gpmmap-gpO&actionszac>ShowServices KATASTER na terenie Zakładu Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie, gdzie odbywał się zlecony audyt energetyczny, zlokalizowanych jest 11 a nie 17 budynków.</p></div><div data-bbox=)

Powyższe jednoznacznie dowodzi, że wykonawca T. Ś. Efektywniej nie spełnił warunku wymaganego doświadczenia.

Z punktu widzenia celu zamawiającego i proporcjonalności wymaganego warunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający chciał wyłonić wykonawcę, który dysponuje doświadczeniem w wykonywaniu dokumentacji odpowiadającą swoim rodzajem usług, z

stanowiącej przedmiot zamówienia, tj. polegającej na wykonaniu audytów energetycznych i/lub świadectw/a charakterystyki energetycznej dla co najmniej 15 budynków, w ramach jednej umowy, zatem wymagał doświadczenia przy dwóch usługach obejmujących po 15 budynków każda.

Odwołujący nadmienił również, iż odmienna niż literalna interpretacja zapisów SIWZ na etapie po złożeniu ofert przez wykonawców doprowadzi do naruszenia zasady przejrzystości postępowania publicznego. Obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia — wyroku ETS 324/14 z 07.04.2016 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jako dowód odwołujący powołała referencję przedstawioną zamawiającemu przez wykonawcę T. Ś. Efektywniej oraz referencja ze strony wykonawcy T. Ś..

Co do zaniechania wykluczenia wykonawcy T. Ś. Efektywniej z uwagi na fakt, iż ten wprowadził w błąd zamawiającego przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Ponadto, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd. Wystarczającym jest więc podanie niezgodnych z rzeczywistym stanem twierdzeń, czy to wskutek lekkomyślności czy też niedbalstwa, aby ziściła się przesłanka z art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy. Niewątpliwym dla

odwołującego jest, że wykonawca T. Ś. Efektywniej z pełną świadomością i w sposób zamierzony wprowadził w błąd zamawiającego, wskazując nieprawdziwą liczbę budynków, w których przeprowadzono audyt.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy powinien wykluczyć T. Ś. Efektywniej z przedmiotowego postępowania.

Odnosnie zaniechania odtajnienia oraz udostępnienia części oferty.

Odwołujący w dniu 26.02.2018 r. wystąpił do zamawiającego o wgląd do całej korespondencji wymienionej z wykonawcą T. Ś. Efektywniej, następnie w dniu 27.02.2018r wysłał ponaglenie z uwagi na brak odpowiedzi. W dniu 01.03.2018r zamawiający nadesłał część korespondencji. 02-03- 2018r odwołujący wystąpił pisemnie oraz telefonicznie z ponagleniem o nadesłanie reszty korespondencji do wglądu wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Po wysłaniu maila ponaglącego i kolejnym kontakcie telefonicznym Odwołujący skierował pismo dotyczące odtajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę T. Ś. Efektywniej. W dniu 5 -03- 2018r odwołujący uzyskał od zamawiającego informację przekazaną drogą e — mail, że nie będzie możliwe przekazanie wnioskowanych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Pomimo wielu monitów zamawiający nie udostępnił również uzasadnienia wykonawcy wskazującego podstawy do objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa

Jako dowód odwołujący przedstawił korespondencję mailową.

Podstawą wprowadzenia znowelizowanego art. 8 ust. 3 była ochrona jawności postępowań przetargowych i realizacji zadań publicznych, a także zapobieganie bezpodstawnemu ograniczaniu zasady uczciwej konkurencji przez brak możliwości zapoznania się z ofertą konkurencji (druk sejmowy 1653 z 10.07.2013 r.). W uzasadnieniu projektu zwrócono uwagę na coraz częstszą praktykę zastrzegania informacji nie celem ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, ale po to aby uniemożliwić konkurentom możliwość weryfikacji złożonej oferty. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania w celu ochrony danych. W ocenie odwołującego złożone w postępowaniu uzasadnienie nie może być utajnione przez wykonawcę, gdyż uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera żadnych informacji, mających charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny. Powyższe twierdzenie znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie KIO (wyrok KIO 1835/16 z 13.10.2016 r., KIO 2421/17 z 13.12.2017 r.)

Mając na uwadze powyższe odwołujący uważa, że w niniejszym postępowaniu uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zostać utajnione przez wykonawcę.

Z uwagi na powyższe odwołujący wnosi o odtajnienie uzasadnienia do objęcia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, w innym przypadku odwołujący nie może się odnieść do zasadności utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W dniu 8 marca 2018r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 marca 2018r. wykonawca T. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. Ś. Efektywniej z siedzibą we Wrocławiu zgłosił swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego. Wskazał, że ma interes w przystąpieniu po stronie zamawiającego z uwagi na to, że oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że treść referencji nie służy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ten dokument służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Przystępujący nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd listem referencyjnym, ani nie wprowadził zamawiającego w taki błąd, gdyż wykonał audyty energetyczne dla obiektów w liczbie wskazane w tym dokumencie. Co do zarzutu zaniechania odtajnienia, to przystępujący wskazał, że w jego ocenie wyjaśnienia ceny rażąco niskiej stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 unkn i zamawiający prawidłowo zachował je w poufności. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia.

W dniu 20 marca 2018r. przystępujący rozwinął swoje stanowisko wnosząc o przeprowadzenie dowodów wskazanych w piśmie. Przystępujący wskazał, że odwołujący nie udowodnił swoich zarzutów. Zawniósł o przeprowadzenie dowodu z umowy nr 3/12/2016 na sporządzenie audytu energetycznego dofinansowania z NFOŚiGW wraz z kompletem dokumentów i załączników w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktury i Środowisko 2014-2020 z dnia 2 grudnia 2016 i 17 audytów energetycznych wykonanych w ramach realizacji tej umowy. W ocenie przystępującego te dowody wykazują, że zawarł w złożonym przez siebie wykazie usług dane prawdziwe i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podkreślił, że jedynie wykaz usług jest dowodem na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zaś rolą referencji jest wykazanie należytego wykonania usługi. Odwołał się do wyroku Izby z dnia 3 kwietnia 2017r. sygn. akt KIO 533/17. W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia podtrzymał dotychczasowe stanowisko wskazując na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX Ga 167/07, wyrok Izby z dnia 20 czerwca 2011r. sygn. akt KIO 1243/11 i wyrok Izby z dnia 11 lutego 2013r. sygn. akt KIO 175/13.

W dniu 19 marca 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Powołując się na postanowienia siwz oraz złożoną ofertę T. Ś. i uzupełniony wykaz usług zamawiający podniósł, że referencje wystawione przystępującemu przez Caddy Energy nie budziły wątpliwości zamawiającego. Zamawiający na stronie przystępującego znalazł te same referencje, które zostały mu złożone. Z treści dokumentów nie wynika dla jakiego szpitala audyty były robione, a odwołujący tego nie udowodnił. Zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia przystępującego, ani stwierdzenia, że przystępujący wprowadził go w błąd. Co do zaniechania odtajnienia, to zarzut ten także nie jest zasadny, gdyż

przystępujący spełnił wymogi określone w art. 8 ust. 3 ustawy i skutecznie zastrzegł wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a zamawiający nie miał podstaw by te informacje ujawnić odwołującemu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, oferty T. Ś., wezwań kierowanych przez zamawiającego do tego wykonawcy i dokonanych przez niego uzupełnień i wyjaśnień, pism odwołującego kierowanych do zamawiającego i udzielonych mu odpowiedzi, informacji o wyniku postępowania, dowodów odwołującego w postaci dokumentacji zdjęciowej, mapy projektu zagospodarowania terenu, opinii ze strony GUNB podpisanej przez Pana Z., wydruków zamawiającego ze strony internetowej przystępującego, umowy nr 3/12/2016 przystępującego wraz z 17 audytami energetycznymi. Z treści siwz wynikają następujące postanowienia:

VI. Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia wykonawcy, w tym, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w punkcie VI.2 siwz oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt. 1) i pkt 8) ustawy.

2. Warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

1) Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w należyтым wykonaniu (lub w wykonywaniu – w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej dwóch usług, odpowiadających swoim rodzajem usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się usługę, polegającą na wykonaniu audytów energetycznych i/lub świadectw/a charakterystyki energetycznej dla co najmniej 15 budynków, w ramach jednej umowy.

3) Pod pojęciem:

- audytu energetycznego Zamawiający rozumie opracowanie obejmujące co najmniej następujące elementy: identyfikację stanu bazowego, potencjał oszczędności, rekomendacje poprawy efektywności energetycznej, wskazanie wariantów i rozwiązania optymalnego, analizy ekonomiczne rekomendowanych przedsięwzięć, w tym zestawienie kosztów, obliczenie prostego czasu zwrotu nakładów w rozumieniu Rozporządzenia Ministra

Infrastruktury z dnia 17 marca 2009 r. w sprawie szczegółowego zakresu i form audytu energetycznego oraz części audytu remontowego, wzorów kart audytów, a także algorytmu oceny opłacalności przedsięwzięcia termomodernizacyjnego (Dz.U. z 2009 r. Nr 43 poz. 346 z późn. zmianami),

- świadectwa charakterystyki energetycznej Zamawiający rozumie opracowanie obejmujące co najmniej następujące elementy: identyfikację budynku, charakterystykę energetyczną budynku, zalecenia dotyczące opłacalnej ekonomicznie i wykonalnej technicznie poprawy charakterystyki energetycznej budynku w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 27 lutego 2015 r. w sprawie metodologii wyznaczania charakterystyki energetycznej budynku lub części budynku oraz świadectw charakterystyki energetycznej (Dz.U. z 2015 r. poz. 376 z późn. zmianami).

VII. Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia

VII.3) – Oświadczenia i dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 składane na wezwanie Zamawiającego:

2). potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

a) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy - załącznik nr 5 do siwz.

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Na str. 9 oferty T. Ś. znajduje się wykaz usług, gdzie podano:

1. Wykonanie 320 certyfikatów energetycznych dla lokali mieszkalnych, wykonawca wykonał usługę polegającą na wykonaniu audytów energetycznych i/lub świadectw charakterystyki energetycznej dla co najmniej 15 budynków – na rzecz Caddy Energy sp. z o.o. w dacie 27 września 2016r.,

2. Wykonanie ponad 30 audytów energetycznych na potrzeby termomodernizacji wykonawca wykonał usługę polegającą na wykonaniu audytów energetycznych i/lub świadectw charakterystyki energetycznej dla co najmniej 15 budynków – na rzecz Zarządzanie Nieruchomościami HJW sp.z o.o. w dacie 13 września 2017r.

Na str. 19 znajduje się list referencyjny z września 2016r., w której poinformowano, że T. Ś. wykonał 320 certyfikatów energetycznych dla lokali mieszkalnych należących do Legnickiej Spółdzielni Mieszkaniowej, prace przebiegały sprawnie, zadanie wykonano terminowo i z zachowaniem należytej jakości.

Na str. 21 znajduje się list referencyjny z września 2017r. wystawiony przez Zarządzanie Nieruchomościami HJW sp. zo.o., w który stwierdzono, że T. Ś. wykonał 35 audytów energetycznych na potrzeby termomodernizacji, prace przebiegały sprawnie, wyniki przygotowano starannie i fachowo, zawartość raportów świadczy o dużej wiedzy i znajomości zagadnień branżowych, audyty otrzymały pozytywną weryfikację BGK. Zadania wykonano terminowo i z zachowaniem należytej jakości.

Na 20 stronie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę złożonych przez T. Ś. zamawiającemu w dniu 11 grudnia 2017r. w ostatnich dwóch akapitach znajduje się uzasadnienie powodów zastrzeżenia wyjaśnień jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W 11 na 12 załączonych do wyjaśnień dowodów wskazano wprost, że zawarte w tych dowodach informacje mają charakter poufny.

W dniu 15 grudnia 2017r. odwołujący poinformował zamawiającego, że w zakresie doświadczenia zawodowego do T. Ś. nie wykazał wymaganego doświadczenia, gdyż pozycja 1 wykazu dotyczy certyfikatów energetycznych lokali mieszkalnych, a nie charakterystyki energetycznej budynku, a dodatkowo wątpliwości budzą podane przez wykonawcę osoby jako uprawnione do sporządzania świadectw charakterystyki energetycznej.

W dniu 31 stycznia 2018r. T. Ś. złożył uzupełniony wykaz usług, w którym wskazał:

1. Wykonanie audytów energetycznych dla 37 budynków mieszkalnych wykonawca wykonał usługę polegającą na wykonaniu audytów energetycznych i/lub świadectw charakterystyki energetycznej dla co najmniej 15 budynków – na rzecz Zakładu Gospodarki Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Północ m. st. Warszawy w dacie 22 lipca 2016r.
2. Wykonanie 17 audytów energetycznych dla obiektów szpitala wykonawca wykonał usługę polegającą na wykonaniu audytów energetycznych i/lub świadectw charakterystyki energetycznej dla co najmniej 15 budynków – na rzecz Caddy Energy sp. z o.o. w dacie 15 luty 2017r.

W załączeniu złożono list referencyjny z lutego 2017r. wstawiony przez Caddy Energy sp. z o.o., z którego wynika, że audyty energetyczne wraz z wnioskiem o dofinansowanie

dotyczyły 17 budynków dla NFOŚiGW o obejmowały również sieci ciepłownicze i źródła ciepła. Wykonano sprawnie, starannie i fachowo, z dużą wiedzą merytoryczną i znajomością zagadnień branżowych oraz terminowo i z należytą starannością. Z opinii o wykonawcy wystawionej przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga –Północ m. st. Warszawy z 22 lipca 2016r. wynika, że T. Ś. wykonał audyty energetyczne dla 37 budynków mieszkalnych zarządzanych przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Północ, opracowania zostały wykonane z zachowaniem terminów umownych, jakość pracy oceniono jako dobrą. Wykonanie tych zadań było w wyniku realizacji dwóch umów: nr 84/2016 dla 17 budynków i nr 85/2016 dla 20 budynków.

Z listu referencyjnego złożonego przez odwołującego z lutego 2017 wynika, że T. Ś. prowadził audyty Zespołu Opieki Zdrowotnej we Włoszczowej, ul. Żeromskiego 28 obejmujące budynek główny, budynek warsztatów, budynek kotłowni, hydrofornię, magazyn odpadów, portiernie, prosektorium, tlenownię, sieci ciepłownicze i źródła ciepła.

Na wydruku z Katastru odwołujący oznaczył 11 budynków.

Na projekcie zagospodarowania przestrzennego odwołujący oznaczył 12 budynków. Z dokumentacji fotograficznej odwołującego wynika, że część budynków jest połączona ze sobą wspólnymi ścianami lub łącznikami i część z tych obiektów jest wyremontowana, a część nie.

Z opinii GUNB wynika, że książkę obiektu budowlanego zarządca nieruchomości jest zobowiązany prowadzić dla każdego budynku i obiektu budowlanego nie będącego budynkiem. Istnienie łącznika pomiędzy kilkoma segmentami służącego do przemieszczania się ludzi oznacza, że każdy z tych segmentów nie może być kwalifikowany jako samodzielna konstrukcyjna całość i należy je traktować jako jeden budynek.

W dniu 26 lutego odwołujący zażądał od zamawiającego wglądu do wszelkiej korespondencji pomiędzy zamawiającym, a Tomaszem Śliwińskim, prośbę tę ponowił 27 lutego 2018r. W dniu 2 marca 2018r. odwołujący wskazał, że otrzymał pismo wzywające T. Ś. do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, ale nie otrzymał całości korespondencji z tym wykonawców, wniósł o jej przesłanie, w tym uzupełnienia przesłanych referencji.

W dniu 1 marca 2018r. zamawiający przesłał odwołującemu skan pisma przewodniego i korespondencji dla części 4 z wykonawca Tomaszem Śliwińskim (części jawne)

W dniu 1 marca 2018r. odwołujący żądał pozostałej części korespondencji.

W dniu 2 marca 2018r. odwołujący wystąpił o odtajnienie informacji zastrzeżonych przez T. Ś. powołując się na przepisy prawa stanowisko doktryny i orzecznictwa.

W dniu 5 lutego 2018r. zamawiający udostępnił odwołującemu ofertę SOLAR Projekt informując jednocześnie, że pozostałe załączniki do protokołu są jawne po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, którego jeszcze wówczas zamawiający nie dokonał.

W dniu 5 marca 2018r. zamawiający poinformował, że nie udostępni odwołującemu

wyjaśnień, gdyż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa T. Ś. i zostały skutecznie zastrzeżone.

Ze skanu ekranu ze strony www.efektywniej.pl z dnia 9 marca 2018r. wynika, że zamieszczono na niej list referencyjny Caddy Energy sp. z o.o. z lutego 2017r. o treści identycznej jak złożona zamawiającemu. Na tej stronie znajdują się także referencje wystawione przystępującemu przez Caddy Energy i dotyczące budynku przy ul. Gwiazdnej w Legnicy, oraz dotyczące budynku wielorodzinnego przy ul. Marynarskiej 54-60 w Legnicy.

Z umowy nr 3/12/2016 wynika, że Caddy Energy zleciła przystępującemu opracowanie audytu energetycznego oraz wszelkich niezbędnych dokumentów i załączników dla Zespołu Opieki Zdrowotnej Szpitala Powiatowego im. Jana Pawła II we Włoszczowej. Opracowanie miało obejmować audyt energetyczny dla budynków:

1. Budynek Główny Szpitala (pozostała część),
2. Budynek A budynku głównego (blok łóżkowy),
3. Budynek B budynku głównego (łącznie),
4. Budynek C budynku głównego (przychodnia wysoka),
5. Budynek D budynku głównego
6. Budynek E budynku głównego,
7. Budynek F budynku głównego (pralnia, kuchnia),
8. Budynek L budynku głównego (przychodnia niska),
9. Budynek M budynku głównego (łącznie przychodnia niska)
10. Budynek kotłowni,
11. Budynek hydroforni,
12. Budynek portiernia,
13. Budynek tlenownia,
14. Budynek prosektorium
15. Budynek warsztaty,
16. Budynek magazyny techniczne/portiernia
17. Budynek magazyn odpadów.

Dla każdego z tych obiektów złożono osobne audyty w ilości 17 sztuk.

Izba oceniając złożony materiał dowodowy uznała go za kompletny, wiarygodny i dający podstawy do wszechstronnego rozstrzygnięcia sprawy.

Izba ustaliła, że zamawiający wymagał audytów dla co najmniej 15 budynków, a zatem to ilość budynków miała znaczenie dla zamawiającego, a nie ilość przeprowadzonych audytów.

Izba oceniła, że z umowy nr 3/12/2016 wynika, że budynki oznaczone literami od A-F oraz L i M były obiektami wchodzącymi w skład budynku głównego, co wprost wynika z treści tej umowy, choć strony na potrzeby tej umowy uznawały je za odrębne budynki dla których miały być prowadzone audyty. Zamawiający nie odwołał się w warunku do definicji legalnej

budynku z prawa budowlanego, choć zdefiniował pojęcie audytu i świadectwa energetycznego. Nie mniej jednak zamawiający opisując, co rozumie pod pojęciem usługi definiował to pojęcie stawiając znak równości pomiędzy usługą, a jedną umową, tym samym w ocenie Izby odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że poz. 1 wykazu uzupełnionego wykazu usług nie służy wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, mimo, że przystępujący wykazał, za pomocą referencji, że usługa audytów w 37 budynkach realizowana była w ramach dwóch osobnych umów nr 84 i 85 za rok 2016, gdzie w ramach tych umów opracowano audyty dla odpowiednio 17 i 20 budynków, co każdorazowo przekraczało minimalną ilość wymaganą przez zamawiającego 15 budynków. Tym samym, nawet gdyby przyjąć, że pojęcie budynku należy tak rozumieć, aby był to wolnostojący budynek niepołączony z innymi budynkami tak elementami konstrukcyjnymi, jak i infrastrukturą techniczną, to i tak prawidłowa jest ocena zamawiającego, że przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a odwołujący nie udowodnił tezy przeciwnej.

Co do treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to Izba ustaliła, że to uzasadnienie mieści się w dwóch ostatnich akapitach pisma przystępującego z dnia 11 grudnia 2017r., gdzie pierwszy akapit stanowi oświadczenie wykonawcy o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa z odwołaniem do art. 11 ust. 4 ustawy, zaś drugi wskazuje na rodzaj zastrzeganych informacji na takim stopniu ogólności, że w ocenie Izby nie mogą one stanowić informacji poufnej, gdyż odwołanie się do indywidualnego programu kształtowania zatrudnienia, czy organizacji pracy, optymalizacji kosztów czy potrzeby utrzymania przewagi konkurencyjnej bez wskazania konkretnych rozwiązań może być czynione przez każdego wykonawcę bez uszczerbku dla jego interesu. W ocenie Izby te wszystkie elementy nie ujawniają informacji chronionych i mogą być udostępnione.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. Ś. Efektywniej, pomimo iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej, odnoszącej się do doświadczenia wymaganego od wykonawcy

Zarzut nie potwierdził się. Jak ustaliła Izba zamawiający nie definiował pojęcia budynek. Przystępujący audytował budynki składające się na budynek główny szpitala i wykonał 17 audytów. Jednocześnie wykazał dwie usługi w poz. 1 uzupełnionego wykazu objęte osobnymi umowami dotyczące wykonania audytów odpowiednio dla 17 i 20 budynków. Odwołujący nie wykazał, że ilość tych budynków nie odpowiada rzeczywistości stanowi faktycznemu. Tym samym należało uznać, że przystępujący wykazał dwie usługi wykonania audytów energetycznych dla co najmniej 15 budynków każda ujęte osobnymi umowami, co spełnia wymagania zamawiającego w ramach warunku doświadczenia zawodowego. Tym samym spór, co do tego czy budynek połączony łącznikiem, czy połączony z innym budynkiem wspólną ścianą boczną, czy też współdzielący infrastrukturę techniczną jest osobnym budynkiem, czy też wchodzi w skład jednego budynku nie ma znaczenia dla ustalenia, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. Ś. Efektywniej, pomimo iż wykonawca złożył informacje wprowadzające w błąd zamawiającego

Zarzut nie potwierdził się. Jak ustaliła Izba poz. 1 uzupełnionego wykazu usług w pełni potwierdzała spełnianie przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu. Tym samym oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu było prawdziwe i nie wprowadzało w błąd zamawiającego. Ewentualne wątpliwości, co do definicji pojęcia „budynek” użytego przez zamawiającego w warunku udziału nie mają wpływu na wynik postępowania, gdyż nie służą ani wykazaniu warunku udziału w postępowaniu, ani innych istotnych okoliczności, które miałyby wpływ na wynik postępowania. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 —3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia uzasadnienia do objęcia klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Zarzut potwierdził się. Jak wynika z ustaleń Izby wskazany przez zamawiającego ostatni akapit wyjaśnień ceny rażąco niskiej z dnia 11 grudnia 2018r. nie zawiera w ocenie Izby informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Sam fakt, że przystępujący kwalifikuje występujące w jego wyjaśnieniach informacje – bez podana konkretnie o jakie informacje

chodzi, do informacji o charakterze organizacyjnym, czy mającym wartość gospodarczą – jako dające przewagę konkurencyjną, nie daje podstaw do przyjęcia, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podano informacje o charakterze poufnym, wymagające ochrony. W ocenie Izby art. 8 ust. 3 ustawy nie daje podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla uzasadnienia podstaw takiego zastrzeżenia. Uzasadnienie to bowiem ma nie tylko ułatwić zamawiającemu ocenę, czy dane informacje są informacjami chronionymi przez wykonawcę w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, ale także umożliwić innym wykonawcom kontrolę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Bez znajomości tego uzasadnienia taka kontrola byłby iluzoryczna. W ocenie Izby także każdorazowo odtajnienie informacji, z którymi wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogli się zapoznać może mieć wpływ na wynik postępowania, w tym znaczeniu, że może umożliwić badanie prawidłowości czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu. W tym stanie rzeczy Izba dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 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 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa prawnego nakazując zamawiającemu zwrot odwołującemu poniesionych przez niego kosztów wpisu i zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł., zgodnie z przedstawionym rachunkiem.

Przewodniczący: