

Sygn. akt: KIO/UZP 338/09

WYROK
z dnia 31 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo

Stanisław Sadowy

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Przemysłu Rafineryjnego S.A, ul. Chemików 5, 09-411 Płock** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w Warszawie, ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa** protestu z dnia 24 lutego 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża **Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Przemysłu Rafineryjnego S.A, ul. Chemików 5, 09-411 Płock** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Przemysłu Rafineryjnego S.A, ul. Chemików 5, 09-411 Płock;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 118 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sto osiemnaście złotych zero groszy) przez **Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Przemysłu Rafineryjnego S.A, ul. Chemików 5, 09-411 Płock** na rzecz **Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. w Warszawie, ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Ośrodka Badawczo-Rozwojowego Przemysłu Rafineryjnego S.A, ul. Chemików 5, 09-411 Płock**.

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

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę specjalistycznych środków chemicznych niezbędnych podczas eksploatacji złóż ropy naftowej i gazu ziemnego w latach 2009-2010-2011 dla PGNIG S.A. w Warszawie, Oddział w Zielonej Górze” z podziałem na Pakiety A, B, C i D. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 1 listopada 2008 r., nr 2008/S 213-284271.

Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Przemysłu Rafineryjnego S.A. z siedzibą w Płocku, zwany dalej „Odwołującym” złożył oferty w Pakiecie A i B.

Zamawiający w dniu 16 lutego 2009 r. (pismem z tej samej daty) poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w odniesieniu do Pakietu A i B, wskazując jako podstawę odrzucenia błędy i niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”. I tak odpowiednio:

- I. w Pakiecie A:

- a) określenie dawki środków chemicznych na poziomie przewyższającym możliwości techniczne pomp dozujących dla kilku odwiertów: B-12, Bu-12, Bu-17, Bu-test, M-9h;
- b) zastosowanie dawek środków chemicznych mniejszych niż wynikające z opinii niezależnej jednostki badawczej z badań laboratoryjnych i polowych na instalacjach Zamawiającego, co zdaniem Zamawiającego prowadzi do sprzeczności wewnętrznej złożonej oferty;
- c) załączenie przez Odwołującego listów referencyjnych potwierdzających między innymi stosowanie właściwej technologii, skuteczność ochronną środków chemicznych, wysoką jakość produktów, rzetelność i profesjonalizm Odwołującego, przy czym - zdaniem Zamawiającego - żaden z listów nie potwierdza, że dostawy środków chemicznych odpowiadających przedmiotowi zamówienia były wykonane należycie.

II. w Pakiecie B:

- a) załączenie przez Odwołującego opinii niezależnej jednostki badawczej z badań laboratoryjnych i polowych na instalacjach Zamawiającego, które zdaniem Zamawiającego nie zostały wykonane przez niezależną jednostkę badawczą a także z załączonej opinii nie wynika pozytywna opinia dla środka chemicznego o nazwie Desadol 3/1/F;
- b) nieuwzględnienie w Tabeli 2 -Załącznika nr 4 do SIWZ dodatkowych dawek inhibitora do ochrony przed korozją wymienników ciepła gaz -gaz dla odwiertów: Kościan-10, Kościan-14, Kościan -16, Kościan -17, Kościan -18, Kościan -19;
- c) niezapewnienie przez oferowany inhibitor korozji pasywnej ochrony rurociągu/instalacji przez okres minimum 24 godziny od przerwania dozowania;
- d) załączenie przez Odwołującego listów referencyjnych potwierdzających między innymi stosowanie właściwej technologii, skuteczność ochronną środków chemicznych, wysoką jakość produktów, rzetelność i profesjonalizm Odwołującego, przy czym - zdaniem Zamawiającego - żaden z listów nie potwierdza, że dostawy środków odpowiadające przedmiotowi zamówienia były wykonane należycie.

Nadto pismem tym poinformował wykonawców o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Brenntag Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, zwanego dalej „Brenntag Polska”, ze względu na niezłożenie przez tego wykonawcę oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz niezabezpieczenie oferty wadium w okresie związania ofertą.

Pismem z dnia 24 lutego 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynności Zamawiającego i zaniechanie podjęcia wskazanych w proteście czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, 2 i 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, 6 i 8, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie Pakietu A i B, bowiem oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, w związku z czym został naruszony art. 93 ust. pkt 1 ustawy Pzp,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu poprawnie przygotowanych ofert Protestującego w zakresie Pakietu A i B, albowiem jego oferta nie podlega odrzuceniu, ewentualnie Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia braków na podstawie art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp,
3. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej dla Części A i B z uwzględnieniem oferty Odwołującego i z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp,
4. unieważnienia poprawy błędu w obliczeniu ceny na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w ofercie wykonawcy Brenntag Polska, gdyż nie jest to błąd podlegający poprawieniu, czym naruszył art.89 ust. 1 pkt 2 i 8 w zw. z Rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 25 maja 2005 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, zaliczkowego zwrotu podatku, wystawienia faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowanie zwolnienia od towarów i usług (Dz. U. z 2005 r., Nr 95, poz. 798 z późno zm.),
5. ujawnienie wypełnionych załączników do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, w ofercie wykonawcy Brenntag Polska jako nie będącej tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i nie podlegającej utajnieniu.

Protest został oddalony, na podstawie art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, z upływem określonego ustawą terminu na rozstrzygnięcie protestu.

Pismem z dnia 13 marca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w 17 marca 2009 r., wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 17 marca 2009 r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 16 marca 2009 r., ograniczając zarzuty do Pakietu A oraz podtrzymując zarzuty, argumenty i wnioski wskazane w proteście.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście i w odwołaniu zarzutów Odwołujący wskazał:

1. W zakresie zarzutu dotyczącego określenia dawkowania inhibitora korozji dla kilku odwiertów na poziomie przekraczającym możliwości techniczne pomp dozujących Odwołujący przedłożył karty katalogowe pomp, w których podano informacje o wydajności typów pomp pracujących na poszczególnych odwiertach, tj. Texsteam 5005-ss, Texsteam 5003. Dla modelu 5003 producent pomp określił maksymalną wydajność na poziomie 162 l/dobę, zaś dla modelu 5005 określa maksymalną wydajność 321 l/dobę. Tak więc przekroczenia wydajności projektowej jakie dokonał Odwołujący mieszczą się w zakresie poprawnej pracy pomp (zgodnie z informacjami producenta) i nie powodują, iż niemożliwym staje się zadozowanie środków chemicznych.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż na stronie 52 jego oferty nie ma odwiertu B-12.

2. W zakresie zarzutu dotyczącego określenia dawkowania na poziomie niższym niż zostało to wskazane w opinii niezależnej jednostki badawczej, a co może spowodować utratę drożności rurociągów technicznych i narażać Zamawiającego na straty Odwołujący podniósł, iż z informacji przedłożonych przez Zamawiającego wynika, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wyliczenia optymalnej dawki (dla okresu trzech lat), jak również zapewnienia zaplecza serwisowego stosowanych środków oraz reagowania na zmieniające się warunki. Natomiast z nie wynika, iż wielkość dawki, jaką powinien wykonawca wpisać stanowi dawka wskazana w opinii niezależnej jednostki badawczej. W opinii znajdują się wykresy określające, przy jakich dawkach dochodzi do blokowania przepływu złożowego w rurociągu Barnówko -10 (chodzi o rys. 3 z dnia 25.02.2008 r., str. 29; rys. 5 z 26.02.2008 r., str. 30; rys. 6 z 29.02.2008 r., str. 30; rys. 8 z 05.03.2008 r., str. 31). Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący miał dobrać dawki optymalne i to uczynił. Według jego wiedzy i doświadczenia technicznego dawki zaproponowane w ofercie są dawkami optymalnymi, uwzględniającymi warunki złóż oraz warunki atmosferyczne. Protestujący dokonał tego pomimo nie udzielenia mu informacji przez Zamawiającego do udzielania których został zobligowany wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2008 roku, sygn. akt. KIOIUZP 1406/08.

3. W zakresie zarzutu braku potwierdzenia, iż dostarczone przez Odwołującego dokumenty stwierdzające między innymi stosowanie przez niego właściwej technologii, skuteczność ochronną środków chemicznych, wysoką jakości produktów, rzetelność i profesjonalizm nie potwierdzają należytego wykonania dostaw Odwołujący podniósł, że skoro sam Zamawiający na potwierdzenie należytego wykonania dostaw wymagał przedstawienia referencji nie może stwierdzać, że nie stanowią one dowodu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw odpowiadających swym rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia.

4. W zakresie zarzutu dotyczącego wykonawcy Brenntag Polska, Odwoływający podniósł, iż nie jest możliwe poprawienie błędu w obliczeniu ceny oferty w przypadku, gdy błąd wynika z niewłaściwego zaokrąglenia stawki VAT, bowiem nie można traktować tego jako oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający w piśmie z dnia 14 stycznia 2009 roku, znak EHU -47 -108/61/08, ZP/2008/082/0Z/EHU udzielił w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnień jak liczyć cenę oferty. Tym samym oferta wykonawcy Brenntag Polska, nie tylko jest sprzeczna z treścią SIWZ i podlega odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale również podlega odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp bowiem jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 25 maja 2005 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, zaliczkowego zwrotu podatku, wystawienia faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od towarów i usług (Dz. U. z 2005 r., Nr 95, poz. 798 z późno zm.). Wykonawca Brenntag Polska dokonał błędnego zaokrąglenia stawki VAT, co wpłynęło na ostateczną cenę oferty, która to cena była podstawą oceny oferty.
5. Nadto Odwoływający podniósł, iż Zamawiający powinien był ujawnić utajnione przez wykonawcę Brenntag Polska tabele dotyczące dozowania środków chemicznych, będące załącznikami do SIWZ. Zawarte tam informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ dawkowanie środków chemicznych nie jest informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą, co do których wykonawca Brenntag Polska powinien podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późno zm.)). Znajomość dawkowania nie wpływa w jakimkolwiek zakresie na możliwość poznania składu danego środka, pozwala tylko w nieznacznym zakresie poznać skuteczność tego środka. Ponadto dawki określone w tabelach będących załącznikiem do SIWZ zawierają dawki optymalne, podlegające modyfikacji w trakcie zmiany warunków eksploatacji, stąd też jest to znikoma wartość techniczna, nie powodująca konieczności utajniania. Utajnienie dawkowania stanowi utajnienie znacznej części SIWZ i nie podlega szerszej kontroli przez innych uczestników postępowania. Wykonawca nie może utajniać oferty, lub jej części, która wpływa bezpośrednio na wyliczenie ceny oferty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut 1, tj. nieuprawnionego uznania, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie zaoferowania dawek środków chemicznych na poziomie przewyższającym możliwości techniczne pomp dozujących dla kilku odwiertów: B-12, Bu-12, Bu-17, Bu-test, M-9h, nie potwierdził się.

Zamawiający w załączniku nr 1 do umowy (pakiet A) „Specyfikacja techniczna”, wskazał m.in., iż „środki chemiczne dozowane są na instalacjach przyodwiertowych w rurociągach o ciśnieniu (7500-42000 kPa), a wydajność projektowa pomp wynosi: dla KRNiGZ Dębno i KRNiGZ Zielin od 10 do 80 litrów na dobę, natomiast dla KRNiGZ Karlino od 1 do 80 litrów na dobę. Nadto w „Uwagach eksploatacyjnych dotyczących zastosowania środków chemicznych” podał, iż „za prawidłowy proces eksploatacji uważa się warunki niezakłóconego przepływu, w którym:

- ciśnienie na wyjściu z instalacji przyodwiertowej nie może przekroczyć 7,6 MPa,
- przepływ jest ciągły i nie spada do wartości „0” przez okres dłuższy niż 3 minuty”.

W oparciu o powyższe Zamawiający uznał, iż Odwołujący określił dawki środków chemicznych na poziomie przewyższającym możliwości techniczne pomp dozujących dla kilku odwiertów, tj.: B-12, Bu-12, Bu-17, Bu-test, M-9h.

Odwołujący w kwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach podał następujące dawki środka:

1. w tabeli nr 1 – w odniesieniu do KRNiGZ Dębno dla rurociągu o symbolu Bu-12, w którym wydobyte gazu na dobę (w tys. m³) wynosi 23 zaoferował w kolumnie B - dawkę środka (kg/tys. m³ gazu) „0,300”;
2. w tabeli nr 4 – w odniesieniu do KRNiGZ Dębno dla rurociągu o symbolu Bu-12, w którym wydobyte ropy na dobę (w tonach) wynosi 125 zaoferował w kolumnie B - dawkę środka (kg/tonę ropy) „0,600”;
3. w tabeli nr 4 – w odniesieniu do KRNiGZ Dębno dla rurociągu o symbolu Bu-17, w którym wydobyte ropy na dobę (w tonach) wynosi 15 zaoferował w kolumnie B - dawkę środka (kg/tonę ropy) „0,550”;
4. w tabeli nr 4 – w odniesieniu do KRNiGZ Dębno dla rurociągu o symbolu Bu-test, w którym wydobyte ropy na dobę (w tonach) wynosi 125 zaoferował w kolumnie B - dawkę środka (kg/tonę ropy) „0,600”;

5. w tabeli nr 4 – w odniesieniu do KRNiGZ Dębno dla rurociągu o symbolu M-9h, w którym wydobyte ropy na dobę (w tonach) wynosi 200 zaoferował w kolumnie B - dawkę środka (kg/tonę ropy) „0,500”;

Izba ustaliła, iż Zamawiający w specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do umowy /pakiet A/) określił wydajność projektową wskazanych pomp pneumatycznych (KRNiGZ Dębno - wydajność projektowa od 10 do 80 litrów na dobę).

Tymczasem Odwołujący, co jest bezsporne, określił dawkowanie inhibitora korozji dla kilku odwiertów na poziomie przewyższającym wydajność projektową pomp pneumatycznych, określoną przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do umowy (pakiet A).

Odwołujący – jak podkreśli – oparł się na wydajności technicznej pomp, wynikającej z informacji producenta pomp, a więc tej, która - jego zdaniem – powinna być określona przez Zamawiającego w SIWZ, gdyż zarówno warunki technologiczne złoż, jak i dozowanie środków chemicznych ulegają zmianie, co uzasadnia dozowanie środka chemicznego na wyższym poziomie. Natomiast informacje na temat dozowania pomp (ich wydajności projektowej) - zdaniem Odwołującego - należy potraktować jako nieistotne, a więc takie, które nie mogą skutkować odrzuceniem jego oferty.

Z argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić. Wydajność projektowa pomp pneumatycznych - jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie - jest pojęciem innym niż wydajność techniczna pomp pneumatycznych. Wydajność projektowa pomp jest uzależniona od konkretnego zestawienia, w którym pompa jest używana, jak również wynika z ich racjonalnej eksploatacji. Natomiast wydajność techniczna pomp, a więc ta, która jest określona przez producenta oznacza zakres poprawnej pracy pompy, przy czym nie jest ona tożsama z wydajnością projektową.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż Zamawiający opisał w SIWZ przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości.

W rozdziale 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” wskazał bowiem, iż opis przedmiotu zamówienia zawiera „Specyfikacja techniczna” stanowiąca załącznik nr 1 do SIWZ/Załącznik nr 1 wzoru umowy. Tym samym załącznik ten stanowi część SIWZ, a cała SIWZ (wraz z wszystkimi załącznikami) od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla Zamawiającego, jak również wykonawców. Nie można w treści SIWZ - wbrew sugestiom Odwołującego – wyszczególnić elementów istotnych i nieistotnych. Fakt, iż przekroczenia dawek środków chemicznych w ofercie Odwołującego mieszczą się w granicach poprawnej pracy pomp (wydajności technicznej określonej przez producenta), w kontekście wymogu Zamawiającego, uwzględnienia dawek środków chemicznych dla wydajności projektowej, nie znajdują uzasadnienia.

Tym samym należy uznać, iż istotnie wystąpiła niezgodność pomiędzy treścią oferty Odwołującego, a treścią SIWZ.

Zarzut 2, tj. nieuprawnionego uznania, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie zaoferowania dawek środków chemicznych na poziomie niższym niż zostało to wskazane w opinii niezależnej jednostki badawczej, nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale 5 SIWZ „Opis warunków udziału” oraz rozdziale 6 „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” wymagał przedstawienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia aktualnej pozytywnej opinii niezależnej jednostki badawczej z badań laboratoryjnych i polowych przeprowadzonych na instalacjach Zamawiającego potwierdzającej, że oferowane środki chemiczne mogą być stosowane na tych instalacjach (dotyczy części A – inhibitor hydratów), korozji, inhibitor (dyspergator parafin) i części B (inhibitor korozji).

Oznacza to, iż Zamawiający postawił wymóg posiadania przez wykonawcę pozytywnej opinii, która potwierdzałaby nie tylko to, iż oferowane środki chemiczne są skuteczne, ale i to, że mogą być zastosowane na urządzeniach Zamawiającego.

Odwołujący, w załączeniu do złożonej oferty, złożył „Opinię z badań środków chemicznych stosowanych na kopalniach w PGNiG Oddział Zielona Góra (pakiet A)” wydaną przez Instytut Nafty i Gazu, Oddział Krosno.

Z treści przedmiotowej opinii wynika, iż dawkowanie środka chemicznego, będącego przedmiotem badania „rozpoczęto na poziomie 55 l/dobę dyspersanta i 57 l/dobę inhibitora hydratów/korozji (...) płynność przepływu uzyskano przy dozowaniu na poziomie 77 l/dobę dyspersanta i 96 l/dobę inhibitora hydratów/korozji”, natomiast w okresie, w którym nie występowały zakłócenia „poziom dawkowania wynosił 62 l/dobę dyspersanta i 77 l/dobę inhibitora hydratów/korozji” i dawki te – zgodnie z ustaleniami zawartymi w „Instrukcji Ruchowej” - należy zaliczyć do dawek minimalnych.

Z powyższego wynika, iż w trakcie badań nastąpił wzrost ciśnienia (przekroczono ciśnienie wskazane w SIWZ), w konsekwencji którego nastąpiła sytuacja awaryjna. Wskazują na to załączone do opinii wykresy przedstawiające przekroczenie kryterium przepływu, gdyby bowiem przepływ był prawidłowy, to wówczas wykres przepływu płynu – jak podniósł Zamawiający - byłby poziomy. Tymczasem załączone wykresy jednoznacznie wskazują na nierównomierny przepływ płynu i wzrost ciśnienia. Tym samym oznacza to, iż zastosowanie dawki poniżej dawek określonych w opinii nie byłoby skuteczne, gdyż byłaby to dawka niższa niż ta, która dotychczas powodowała awarię.

Mimo twierdzeń Odwołującego, iż są to tylko jednostkowe skoki ciśnienia, nie można jednoznacznie stwierdzić, że nie doszło do zatrzymania przepływu i powstania sytuacji awaryjnej. Dawki wskazane w opinii wskazano bowiem jako minimalne z ewentualną koniecznością ich zwiększenia w sytuacji braku płynności przepływu w trakcie całego

badania. Skoro więc Odwołujący pomimo wyraźnego wskazania w opinii, jakie dawki środków chemicznych są niezbędne do zapewnienia prawidłowości przepływu, zaoferował niższe dawki dozowania, oznacza to, iż jego oferta i w tym zakresie jest sprzeczna z treścią SIWZ. Tym bardziej, że Zamawiający w SIWZ zawarł postanowienie, iż za prawidłowy proces eksploatacji uważa się warunki niezakłóconego przepływu, a żądana przez Zamawiającego opinia miała służyć określonym celom, które wynikały ze sformułowania tego wymogu, a którym Odwołujący nie sprostał. Tym samym należy uznać, iż oferta Odwołującego we wskazanym wyżej zakresie jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zarzut 3, tj. nieuprawnionego uznania, iż przedłożone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają, że dostawy odpowiadające przedmiotowi zamówienia były wykonane należycie, nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale 5 SIWZ „Opis warunków udziału” wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia „zrealizowali w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, dostawy odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia w ramach danej części zamówienia (...)”. Na potwierdzenie powyższego, zgodnie z rozdziałem 6 SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” zażądał przedłożenia „wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywanych dostaw (...) oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie (np. referencje, protokoły odbioru)”.

Odwołujący przedłożył „Wykaz wykonanych dostaw w ostatnich trzech latach (załącznik nr 7 do SIWZ), jednocześnie zastrzegając, iż informacje te są tajne.

Z treści powołanych przez Zamawiającego referencji faktycznie wynika jedynie skuteczność oferowanych przez Odwołującego środków chemicznych, tymczasem ze złożonych referencji musi jednoznacznie wynikać, że wykonawca spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu. Referencje nie muszą zawierać wprost sformułowania, iż dostawy zostały wykonane należycie. Niemniej jednak muszą w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wskazywać, iż wykonawca posiada wymagane w SIWZ doświadczenie. Tym samym należy stwierdzić, iż Odwołujący, w oparciu o przedłożone dokumenty, nie wykazał, iż w sposób należyty wykonał wyspecyfikowane w wykazie dostawy. Wykazał jedynie, że oferowane przez niego środki chemiczne są wysokiej jakości.

W niniejszym stanie faktycznym nie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż oferta Odwołującego mimo ewentualnego złożenia brakujących lub wadliwych dokumentów i tak podlegała odrzuceniu.

Zarzut 4, dotyczący oferty wykonawcy Brenntag Polska, tj. nieuprawnionego poprawienia błędu w obliczeniu ceny w ofercie tego wykonawcy nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale XII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” zamieścił postanowienie „Cena oferty (...) musi być podana w złotych polskich netto oraz brutto (cyfrowo i słownie) z wyodrębnieniem stawki podatku zgodnej z obowiązującymi przepisami wg wzoru: netto + stawka VAT = brutto”. Powyższe doprecyzował w piśmie z dnia 14 stycznia 2009 r., odpowiadając na pytanie wykonawcy, ponownie określił sposób obliczenia ceny całkowitej netto i brutto.

Wykonawca „Brenntag Polska” na stronie 1 formularza „Oferty” zaoferował cenę całkowitą netto za realizację zamówienia w ramach Pakietu A w wysokości „26 149 823,51 zł”, cenę całkowitą brutto w wysokości „31 902 784,69 zł” zł oraz podatek VAT (22%) w wysokości „5 752 961,18 zł”.

Zamawiający pismem z dnia 16 lutego 2009 r. poinformował wykonawcę „Brenntag Polska” o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania oraz o tym, iż w niewłaściwy sposób obliczył cenę całkowitą brutto i kwotę VAT, wskazując iż jest to błąd w obliczeniu ceny podlegający poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie wskazał, iż prawidłowa kwota VAT wynosi „5 752 961,17 zł”, a cena całkowita brutto wynosi „31 902 784,68 zł”.

Bezspornym jest, iż art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma na celu poprawienie tego rodzaju błędów w ofertach wykonawców, które mogą się w nich pojawić, lecz nie mogą być uznane za oczywiste omyłki pisarskie lub oczywiste omyłki rachunkowe, o ile tak poprawiona omyłka nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Z analizy treści oferty złożonej przez wykonawcę „Brenntag Polska” w sposób jednoznaczny wynika, iż niezgodność w treści oferty wykonawcy „Brenntag Polska” z treścią SIWZ, polegająca na nieprawidłowym zaokrągleniu kwoty VAT i ceny całkowitej brutto, może być uznana za inną omyłkę, o ile nie spowoduje istotnych zmian w treści złożonej oferty. Z zaoferowanych: ceny całkowitej netto, podanej kwoty VAT oraz ceny całkowitej brutto wynika, iż wskazana w ofercie cena całkowita netto została podana prawidłowo, natomiast błędnie podano kwotę podatku VAT, która powinna być o 1 grosz niższa niż podana w ofercie. Błędnie podano także cenę całkowitą brutto, która faktycznie powinna być niższa o 1 grosz od kwoty podanej w ofercie wykonawcy „Brenntag Polska”. Różnica w kwocie 1 grosza nie stanowi istotnej zmiany treści oferty, biorąc pod uwagę wartość oferty, która wynosi 31 902 784,68 zł. Tak więc w konsekwencji poprawienia innej omyłki w ofercie wykonawcy „Brenntag Polska” nie doszło do istotnych zmian w jej treści.

W ocenie Izby niezgodność polegającą na błędnym zaokrągleniu kwoty ceny całkowitej brutto oraz kwoty VAT należy uznać jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zarzut 5, dotyczący oferty wykonawcy Brenntag Polska, tj. nieuprawnionego zaniechania ujawnienia wypełnionych załączników do SIWZ, nie stanowiących – zdaniem Odwoływającego - tajemnicy przedsiębiorstwa, potwierdził się.

Zamawiający żądał przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia o zastrzeżeniu określonych informacji zawartych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu odpowiednich przepisów.

Wykonawca „Brenntag Polska” na stronie 33 oferty zastrzegł jako tajemnice przedsiębiorstwa następujące informacje: załączniki nr 3 do SIWZ, tj. tabele od 1 do 6 dla części A; załączniki nr 4 do SIWZ, tj. tabela dla części B; załączniki nr 5, tj. tabele dla części C oraz badania niezależnego instytutu, w tym tabele dotyczące dozowania środków chemicznych.

Skład orzekający Izby uznał, iż, aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja, a w tym przypadku, czy ma ona charakter technologiczny, czy też inny. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05).

Tak więc tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego.

Tymczasem Zamawiający wybiórczo badał ofertę wykonawcy „Brenntag Polska”, a mianowicie pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nawet błędu w obliczeniu ceny, nie odnosząc się zupełnie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, iż w aktach postępowania brak jest jakiegokolwiek informacji, czy w ogóle, a jeśli tak, to jakie działania podjął Zamawiający, czy badał informacje objęte

tajemnicą przedsiębiorstwa i czy zwracał się do wykonawcy o wykazanie się dowodem na spełnienie wszystkich przesłanek.

Jednocześnie należy podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zmawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający zaniechał działań mających na celu wyjaśnienie, czy wykonawca prawidłowo zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niemniej jednak zarzut ten nie może być rozpatrywany w oderwaniu od art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, który wskazuje, iż Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W niniejszym stanie faktycznym, nawet gdyby Zamawiający prawidłowo uznał, iż określone dokumenty powinny być odtajnione, to z uwagi na to, iż oferta Odwołującego i tak podlega odrzuceniu, powyższe nie ma i nie może mieć wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty w wysokości 4 118,00 zł, w tym koszty dojazdu stron oraz zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego ograniczone do wysokości 3 600,00 zł, na podstawie zestawienia kosztów złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....