

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 lutego 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 11 lutego 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Zamawiającego – Miasto Tomaszów Lubelski z siedzibą w Tomaszowie Lubelskim, ul. Lwowska 57**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na **wykonanie instalacji OZE dla prywatnych budynków mieszkalnych w ramach Projektu pn. „Odnawialne źródła energii w mieście Tomaszów Lubelski oraz zaprojektowanie i wykonanie instalacji fotowoltaicznych dla budynków użyteczności publicznej w ramach Projektu pn. „Montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach użyteczności publicznej w mieście Tomaszów Lubelski”** nr sprawy IR.271.35.2020 (publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 października 2020r. nr 2020/S 197-474762)

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze

Uzasadnienie

Zamawiający wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie instalacji OZE dla prywatnych budynków mieszkalnych w ramach Projektu pn. „Odnawialne źródła energii w mieście Tomaszów Lubelski oraz zaprojektowanie i wykonanie instalacji fotowoltaicznych dla budynków użyteczności publicznej w ramach Projektu pn. „Montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach użyteczności publicznej w mieście Tomaszów Lubelski” nr sprawy IR.271.35.2020 w zakresie części IV (publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 października 2020r. nr 2020/S 197-474762), przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zamawiający podniósł, że w odpowiedzi na ogłoszenie o tym zamówieniu zamawiający otrzymał 10 (dziesięć) ofert na wykonanie zamówienia w zakresie jego części IV pn.: „Dostawa, montaż i uruchomienie 342 instalacji fotowoltaicznych dla prywatnych budynków mieszkalnych”

W wyniku oceny ofert poszczególni wykonawcy otrzymali następujące liczby punktów:

Oferta nr 2: Wykonawca: EkoEnergia Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach - 78,12 pkt

Oferta nr 4: Wykonawca: PRO-ECO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni - 91 pkt

Oferta nr 5: Wykonawca: Polska Ekologia Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu — 100,00 pkt.

Oferta nr 6: Wykonawca: Sanito SP, z o.o. z siedzibą w Warszawie - 95,25 pkt

Oferta nr 7: Wykonawca: NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej S. M. z siedzibą w Krośnie - 80,65 pkt

Oferta nr 8: Wykonawca: ML SYSTEM SA, z siedzibą w Zaczerniu - 92,03 pkt

Oferta nr 10: Wykonawca: JSB CONSTRUCTION PPHU J. S. z siedzibą w Baninie - 95,23 Pkt

Oferta nr 12: Wykonawca: SUNGRANT Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku - 91 pkt

Oferta nr 15: Wykonawca: Solartime Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie - 94,11 pkt

Oferta nr 16: Wykonawca: FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Kurdowicach - 98,17 pkt

Żaden wykonawca nie został wykluczony ani żadna oferta nie została odrzucona.

W dniu 29 stycznia 2021 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej, na której była opublikowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Części IV tj. oferty wykonawcy: Polska Ekologia Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu, oraz przesłał tę informację wykonawcom biorącym udział w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

Również w dniu 29 stycznia 2021 r, ale przed przesłaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Części IV, zamawiający przesłał Wykonawcy: Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 476

informację o bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wyłączeniu zakazu ujawniania bezskutecznie zastrzeżonych informacji, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W dniu 8 lutego 2021 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie oraz przekazane do zamawiającego odwołanie wykonawcy: Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, od podjętej pismem z dnia 29 stycznia 2021 r. czynności odtajnienia przez zamawiającego „Wyjaśnień wykonawcy, dotyczących self-cleaningu i tajemnicy przedsiębiorstwa” i zapowiedzi ich udostępniania.

W dniu 10 lutego 2021 r. zamawiający uwzględnił w całości odwołanie wykonawcy Sanito z dnia 08.02.2021 roku.

Zamawiający podniósł, że z uwagi na to, iż :

1. Wykonawca: Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył ofertę w ww. postępowaniu wyłącznie w zakresie Części IV,
2. Oferta wykonawcy: Sanito nie jest ofertą najkorzystniejszą w zakresie Części IV (wg przyznanej punktacji jest na 3 miejscu).
3. Odwołanie wykonawcy: Sanito nie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części IV ww. postępowania.
4. Żaden z wykonawców nie złożył odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części IV ww. postępowania mimo upływu 10 dni od dnia przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zawarcie umowy w najbliższym możliwym terminie nie narusza więc interesów stron postępowania i w odniesieniu do nich nie zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności zawarcia umowy,
5. Niezawarcie umowy w najbliższym możliwym terminie mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, ponieważ termin realizacji przedmiotu zamówienia jest określony na 31 października 2021 , w którym to czasie wykonawca ma zrealizować dostawę, montaż i uruchomienie 342 instalacji fotowoltaicznych dla prywatnych budynków mieszkalnych mieszkańców miasta Tomaszów Lubelski. Przedmiot zamówienia jest współfinansowany ze Środków Unii Europejskiej z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020, Oś priorytetowa 4 Energia przyjazna środowisku, Działanie 4.1 Wsparcie wykorzystania OZE, na podstawie Umowy o dofinansowanie Projektu Nr RPLU.04,01.00-06-0143/19-00. Ewentualne niezrealizowanie przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie mogłoby być powodem utraty części dofinansowania przez zamawiającego i koniecznością poniesienia samodzielnie większych kosztów realizacji zamówienia. Ewentualnie, w przypadku braku możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia w

wyznaczonym terminie i braku zgody na jego wydłużenie, a tym samym utraty środków z dofinansowania, zamawiający musiałby unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1a (co zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu) i zrezygnować z realizacji zamówienia, co odbyłoby się ze szkodą dla mieszkańców miasta, którzy zostali by pozbawieni możliwości korzystania z energii wytworzonej przez instalacje fotowoltaiczne. W tej sytuacji nie zawarcie umowy mogłoby spowodować opisane negatywne skutki dla interesu publicznego, a interes żadnej z zainteresowanych stron nie dozna uszczerbku, albowiem zamawiający uznał odwołanie, dotyczące czynności nieistotnej przy ocenie ważności i skuteczności umowy.

Zamawiający wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy z wykonawcą: Polska Ekologia Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w ww. postępowaniu w zakresie Części IV,

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 6 maja 2020r. w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Lubelskiego została podpisana umowa na dofinansowanie projektu pn. „Odnawialne Źródła Energii w Mieście Tomaszów Lubelski” złożonego w odpowiedzi na konkurs nr RPLU.04.01.00-IZ.00-06-001/19, w ramach Osi priorytetowej 4 Energia przyjazna środowisku, Działania 4.1 Wsparcie wykorzystania OZE RPO WL na lata 2014 – 2020. Wartość projektu to 5 647 700, 40 zł., w wysokość dofinansowania z UE : 3 109 428, 00 zł.

Czas realizacji: 03.08.2020 do 31.12.2021

Niniejszy projekt jest realizowany w trybie parasolowym, obejmuje budowę:

- instalacji fotowoltaicznych,
- kolektorów słonecznych,
- kotłów na biomasę,
- pomp ciepła

Celem projektu jest poprawa stanu środowiska naturalnego (ograniczenie zanieczyszczenia powietrza poprzez obniżenie emisji pyłów, gazów do atmosfery), wzrost wykorzystania OZE, poprawa bezpieczeństwa energetycznego.

Projekt pozwoli na osiągnięcie wskaźników produktu:

Liczba wybudowanych jednostek wytwarzania energii elektrycznej z OZE - 342 szt. Liczba wybudowanych jednostek wytwarzania energii cieplnej z OZE - 125 szt.

Projekt pozwoli na osiągnięcie wskaźników rezultatu:

Szacowany roczny spadek emisji gazów cieplarnianych - 1128,5733 Mg/rok

Produkcja energii elektrycznej z nowo wybudowanych/nowych mocy wytwórczych instalacji wykorzystujących OZE -1054,8000 MWh/rok

Produkcja energii elektrycznej z nowo wybudowanych instalacji wykorzystujących OZE - 1054,8000 MWh/rok

Produkcja energii cieplnej z nowo wybudowanych/nowych mocy wytwórczych instalacji wykorzystujących OZE - 1187,3830 MWh/rok

Produkcja energii cieplnej z nowo wybudowanych instalacji wykorzystujących OZE - 1187,3830 MWh/rok

Dodatkowa zdolność wytwarzania energii cieplnej ze źródeł odnawialnych - 0,8303 MWh

Dodatkowa zdolność wytwarzania energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych - 1,0548 MWe

Dodatkowa zdolność wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych - 1,8851 MW.

W projekcie zostaną wdrożone inteligentne systemy zarządzania energią w oparciu o technologie TIK.

W dniu 29 stycznia 2021r. zamawiający poinformował o wyborze w części IV jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Polska Ekologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta nr 16 tj. oferta wykonawcy FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedziba w Kudrowicach, a na trzecim oferta nr 6 tj. wykonawcy Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W dniu 8 lutego 2021r. wykonawca Sanito wniósł odwołanie na czynność odtajnienia przez zamawiającego „Wyjaśnień Wykonawcy, dotyczących self-cleaningu i tajemnicy przedsiębiorstwa” i zapowiedzi ich udostępniania, pomimo, iż zawarte tam informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 uznk przez niezgodne z ww. przepisami przyjęcie, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Sanito fragmenty „Wyjaśnień Wykonawcy, dotyczących self-cleaningu i tajemnicy przedsiębiorstwa" nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego i podlegają udostępnianiu.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia zastrzeżonych części „Wyjaśnień Wykonawcy, dotyczących self-cleaningu i tajemnicy przedsiębiorstwa” - oprócz fragmentu zaczynającego się na str. 14 ww. Wyjaśnień, po słowach „Tajemnica przedsiębiorstwa - początek”, do zawartej na stronie 15 Wyjaśnień listy dowodów, do dowodu „Protokół odbioru Gmina Biała Podlaska (Załącznik nr 29)” włącznie, który może zostać odtajniony.

Zamawiający oświadczył, że w dniu 10 lutego 2021r. uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Na dzień rozstrzygnięcia wniosku o uchylenie zakazu nie ma jeszcze informacji o dacie powiadomienia pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania, tym samym nie jest możliwe ustalenie zaistnienia przesłanek do ewentualnego umorzenia postępowania wywołanego wnioskiem

W sprawie odwoławczej nie został jeszcze wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron lub rozprawy.

Izba, mając na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, w szczególności cele jakie mogą być realizowane przy użyciu przedmiotu dostawy uznała, że wniosek podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli :

- 1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie ziściły się obie przesłanki dopuszczające uchylenie zakazu zawarcia umowy. Rozpoczynając od przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy, to Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie żąda unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ani nie podnosi zarzutów związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej, tym samym rozstrzygnięcie wniesionego odwołania nie będzie miało żadnego wpływu na ostateczność tego wyboru. Odwołujący kwestionuje jedynie czynności zamawiającego związane z jego własną ofertą sklasyfikowaną na trzeciej pozycji. Oddalenie odwołania i

utrzymanie w mocy decyzji zamawiającego o odtajnieniu informacji zastrzeżonych w ofercie odwołującego także nie będzie miało wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej, tym samym w ocenie Izby odwołanie można ocenić na potrzeby rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu jako wnoszone w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Oczywiście ta ocena nie wpływa na przyszłą ocenę zasadności wniesionego odwołania, ani na ocenę istnienia interesu odwołującego Sanito w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Ocena ta dotyczy wyłącznie rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Przechodząc do drugiej z przesłanek, w ocenie Izby zamawiający wykazał, że niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego – zamówienie dotyczy bowiem projektu proekologicznego to jest inwestycji w odnawialne źródła energii tj. 342 instalacje fotowoltaiczne u mieszkańców Miasta Tomaszów Lubelski. Celem tej inwestycji jest osiągnięcie konkretnego efektu ekologicznego, oszczędności energii elektrycznej ze źródeł konwencjonalnych. Termin realizacji tego zamówienia jest krótki bo do 31 grudnia 2021r., co przy skali zamówienia może przemawiać za potrzebą szybkiego zawarcia umowy. Należy także wziąć pod uwagę, że projekt jest skierowany do prywatnych odbiorców, czyli mieszkańców miasta Tomaszów Lubelski, którzy zgłosili swój akces do przeprowadzenia takiej inwestycji, a zatem sprawne przeprowadzenie postępowania i realizacja umów pozwoli na utrzymanie zainteresowania obywateli tym projektem. Opóźnienia w realizacji inwestycji mogą spowodować rezygnację części osób zainteresowanych, a więc uniemożliwić osiągnięcie założonych celów proekologicznych, a także opóźnić czerpanie korzyści tak przez Miasto – efekt ekologiczny, jak i przez mieszkańców – efekt także finansowy w postaci oszczędności w wydatkach na energię elektryczną.

Badając przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy z wniosku zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Izba uznała, że wniosek jest zasadny. W ocenie Izby wskazane przez wnioskodawcę okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny, że nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wykazał we wniosku obiektywne okoliczności, wynikające z charakteru zamówienia, umowy o dotację.

Reasumując Izba uznała, że wskazywane we wniosku negatywne skutki niezawarcia umowy w przedmiocie zamówienia na dostawę, montaż i uruchomienie 342 instalacji fotowoltaicznych dla prywatnych budynków mieszkalnych przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi

prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz interesu zamawiającego.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych postanowiła jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....