

WYROK
z dnia 7 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2014 r. przez **Odwołującego** - Biuro Studio Projektów i Realizacji Energoprojekt-Katowice S.A., ul. Jesionowa 15, 40-159 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów

przy udziale **wykonawcy** – Polimex Engineering Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 202a, 30-133 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert;
2. kosztami postępowania obciąża PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Biuro Studio Projektów i Realizacji Energoprojekt-Katowice S.A., ul. Jesionowa 15, 40-159 Katowice tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów na rzecz Biuro Studio Projektów i Realizacji Energoprojekt-Katowice S.A., ul. Jesionowa 15, 40-159 Katowice kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1255/14

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z Bełchatowa na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej budowy instalacji transportu popiołu oraz wytwarzania i transportu suspensji dla bloku 858 MW.”

Zdaniem Odwołującego - Biuro Studiów, Projektów i Realizacji „Energoprojekt - Katowice” S.A. z Katowic w tym postępowaniu Zamawiający naruszył art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i pkt 4 w zw. z art. 90 ust.1 tej ustawy, a w konsekwencji jej art. 7, albowiem bezpodstawnie zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy Polimex - Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie [Polimex – Engineering] oraz zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, uznając tę ofertę za najkorzystniejszą.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Polimex – Engineering nie wykazał spełnienia warunku zdolności technicznej polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia (sekcja III.2.3. pkt 1a ogłoszenia o zamówieniu sektorowym) oraz nie wykazał spełnienia warunku zdolności ekonomicznej polegającego na posiadaniu opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych) (sekcja III.2.2. pkt. 1.1.a ogłoszenia o zamówieniu sektorowym).

Odnosnie podstaw odrzucenia oferty podał, że oferta tego wykonawcy nie spełnia warunków zamieszczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] dotyczących podwykonawstwa oraz, że oferowana cena jest rażąco niska.

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie wykluczenia z postępowania Polimex – Engineering i nakazanie odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz nakazanie powtórnego dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych.

W uzasadnieniu zarzutów podał, co następuje:

1. zgodnie z wymaganiami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym (sekcja III.2.3. pkt. 1a ogłoszenia o zamówieniu sektorowym) i w SIWZ (pkt 1.2. Rozdziału VI SIWZ), wykonawca miał wykazać się wykonaniem w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej dokumentacji technicznej, zawierającej projekt budowlany i projekty techniczne wykonawcze w branżach: budowlano-konstrukcyjnej, technologicznej, instalacyjnej, elektrycznej oraz AKPiA o wartości $\geq 1\ 000\ 000,00$ zł, na podstawie której została zrealizowana budowa i/lub robota budowlano-montażowa obiektów energetycznych i/lub instalacji energetycznych w energetyce konwencjonalnej.

Wykonawca Polimex – Engineering przedłożył w ofercie zobowiązanie do udostępnienia zasobów (str. 9 Oferty) z dnia 3 kwietnia 2014 r. wystawione przez Centrum Projektowe Polimex - Mostostal Sp. z o. o. w likwidacji i podpisane w imieniu tego podmiotu przez likwidatora p. Karolinę Woźny.

W Monitorze Sądowym i Gospodarczym nr 48 (4427) z dnia 11 marca 2014 r. pod poz. 2819 ukazało się ogłoszenie likwidatora Centrum Projektowego Polimex - Mostostal Sp. z o.o. w likwidacji wzywające wierzycieli spółki do zgłaszania wierzytelności. Jednocześnie w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczącym Centrum Projektowego Polimex - Mostostal Sp. z o.o. w likwidacji: w dziale 4 rubryka 3 „Informacje o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości z uwagi na fakt, iż majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania” wpisano: „Sąd Rejonowy w Gliwicach, Wydział XII Gospodarczy ds. upadłościowych i naprawczych, 09.01.2014, XII GU 126/13”; w dziale 6 rubryka 1 „Likwidacja” wpisano: „Informacje o otwarciu likwidacji: Uchwała Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników nr 2/2014 z dnia 24.02.2014 r., notariusz Bożena Wrona-Berwid, kancelaria notarialna w Gliwicach, Repertorium A nr 470/2014”; w dziale 6 rubryka 2 "Informacje o rozwiązaniu lub unieważnieniu spółki" wpisano: w poz. 1 - „Określenie okoliczności - Uchwała Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników nr 2/2014 z dnia 24.02.2014 r., notariusz Bożena Wrona-Berwid, kancelaria notarialna w Gliwicach, Repertorium A nr 470/2014", w poz. 2 - „Informacje o rozwiązaniu lub unieważnieniu spółki - rozwiązanie”.

Odwołujący, powołując się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości oraz Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego powinno mieć charakter rzeczywisty, co oznacza, że wykonawca musi faktycznie mieć do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do realizacji zamówienia. W szczególności udostępnienie

zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym zasoby, a do takich należą niewątpliwie wiedza i doświadczenie, wiązać musi się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego wiedzę i zasoby w realizację zamówienia. Ze względu na zakres udostępnianych zasobów, w przypadku zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem, oznacza to konieczny udział Centrum Projektowego Polimex - Mostostal Sp. z o.o. w likwidacji w realizacji zamówienia do dnia 31 października 2015 r., tj. do zakończenia prac objętych zamówieniem, co wobec faktu rozwiązania podmiotu udostępniającego zasoby oznacza, że warunek ten nie zostanie dotrzymany.

Podkreślił, że w świetle obowiązującego prawa likwidator spółki nie miał prawa złożyć zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, albowiem zgodnie z art. 282 § 1 k.s.h. "Likwidatorzy powinni zakończyć interesy bieżące spółki, ściągnąć wierzytelności, wypełnić zobowiązania i upłynnić majątek spółki (czynności likwidacyjne). Nowe interesy mogą wszczynać tylko wówczas, gdy to jest potrzebne do ukończenia spraw w toku."

Zdaniem Odwołującego, z brzmienia cytowanego przepisu wynika jednoznacznie, że spółka w likwidacji ma ustawowy zakaz podejmowania nowych interesów, jeżeli nie są one potrzebne do ukończenia spraw w toku. Podkreślił, że udostępnianie swojego potencjału innemu wykonawcy w zakresie inwestycji, o którą wykonawca ten dopiero się ubiega, niewątpliwie nie będzie mieścić się w tym zakresie.

Dalej wykonawca podał, że wyjaśnienia wykonawcy Polimex – Engineering z dnia 30 maja 2014 r. [znak: PW/68/14/G] potwierdzają że wykonawca ten nie posiada wymaganego doświadczenia. Wykonawca wskazał bowiem, że udział podmiotu udostępniającego zasoby będzie polegał na stałym doradztwie i wsparciu „osób współpracujących od dawna z Centrum Projektowym Polimex- Mostostal Sp. z o.o. w likwidacji przy realizacji umowy, jak również poinformował, że Polimex – Engineering zatrudnia obecnie część pracowników podmiotu udostępniającego zasoby.

Zdaniem Odwołującego złożone wyjaśnienia nie potwierdzają prawidłowości udostępnienia zasobów, które w świetle obowiązującego prawa (kodeks spółek handlowych) jest niedopuszczalne, a wobec uchwały o rozwiązaniu spółki - nierealne.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego

w realizację umowy. Udostępnienie zasobów polega bowiem na faktycznym przekazaniu potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia.

W związku z powyższym udostępnienie zasobów nie ma charakteru rzeczywistego, a wykonawca Polimex – Engineering nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie powyżej podanym.

Wykonawca zwrócił także uwagę, że żadne ze wskazanych przez wykonawcę zadań referencyjnych nie spełnia wymagań Zamawiającego:

a) zadanie realizowane dla Przedsiębiorstwa Energetycznego w Siedlcach - z przedłożonych w Ofercie dokumentów (Wykaz usług str. 5-6 Oferty, list referencyjny - str. 8 Oferty) nie wynika, że zostały wykonane projekty wykonawcze we wszystkich wymaganych przez Zamawiającego branżach;

b) zadanie realizowane dla Polimex-Mostostal S.A. - z przedłożonych w ofercie dokumentów (Wykaz usług str. 5-6 Oferty, list referencyjny - str. 7 Oferty) nie wynika, że zostały wykonane projekty wykonawcze we wszystkich wymaganych przez Zamawiającego branżach, a przede wszystkim w zakresie zamówienia nie znalazło się wykonanie projektu budowlanego, a jedynie jego aktualizacja, co wynika wprost z listu referencyjnego wystawionego przez TAURON Wytwarzanie S.A. (str. 7 Oferty).

W konkluzji stwierdził, że kwestie związane z brakiem zdolności technicznej po stronie wykonawcy Polimex – Engineering nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w wyjaśnieniach z dnia 30 maja 2014 r., znak PW/68/14/G, wykonawca ten potwierdził, że podmiotem udostępniającym zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia jest Centrum Projektowe Polimex-Mostostal Sp. z o.o. w likwidacji. Tym samym, wobec faktu, że Centrum Projektowe Polimex-Mostostal Sp. z o.o. w likwidacji w świetle prawa nie może być podmiotem udostępniającym zasoby w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, na dzień składania ofert wykonawca nie spełniał warunków udziału w tym postępowaniu.

2. zgodnie z wymaganiami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym (sekcja Ili.2.2. pkt. 1.1.a ogłoszenia o zamówieniu sektorowym) i w siwz (pkt 1.4. Rozdziału VI SIWZ), wykonawca miał wykazać się posiadaniem opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych).

W ofercie wykonawca Polimex – Engineering przedłożył polisę ubezpieczeniową nr 436000019100 wystawioną przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. (str.

21-27 Oferty). Zgodnie z informacją zawartą w polisie (str. 26 Oferty) składka za polisę w kwocie 50.000,00 zł płatna jest w czterech ratach po 12.500,00 zł każda w następujących terminach: 14 lipca 2013 r., 8 października 2013 r., 4 stycznia 2014 r., 2 kwietnia 2014 r.

W ofercie wykonawca Polimex – Engineering zamieścił dowód opłaty tylko jednej raty składki (str. 28 Oferty). W ofercie nie zamieszczono dowodów opłaty pozostałych rat składki, wymagalnych na dzień składania Ofert (4 kwietnia 2014 r.) i tym samym wykonawca nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w Postępowaniu polegającym na posiadaniu opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej.

3. zgodnie z punktem 4 Rozdziału II SIWZ: Zamawiający żądał wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom. Wskazania należało dokonać w formularzu oferty, a brak ww. informacji oznaczać będzie, iż całość zamówienia zostanie zrealizowana przez Wykonawcę

Wykonawca Polimex – Engineering w pkt. 12 formularza oferta (str. 3 Oferty) wskazał, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom jakichkolwiek części zamówienia. Oznacza to, zgodnie z zapisami SIWZ, że całość zamówienia zostanie zrealizowana przez Wykonawcę.

Wobec faktu, że wykonawca Polimex – Engineering nie posiada wymaganego doświadczenia, nie jest w stanie samodzielnie zrealizować zamówienia.

Dalej podał, że wykonawca Polimex – Engineering sam potwierdził, że zamierza skorzystać z podwykonawców, albowiem w piśmie z dnia 28 kwietnia 2014 r. znak PW/46/14/G, obejmującym wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, w tabeli obejmującej rozbić ceny, w przedostatnim wierszu podsumował swoje obliczenia w pozycji „Razem z kosztami narzutów” i wpisał w tym miejscu: „1 315 392”, natomiast w pozycji „Łączna z kosztami podwykonawców” wpisał kwotę: „1 346 750” i jest to kwota stanowiąca cenę Oferty netto.

Formularz oferta nie podlega żadnym uzupełnieniom, wobec czego oferta wykonawcy Polimex – Engineering powinna być odrzucona jako niezgodna z siwz.

4. Zamawiający oszacował przedmiot zamówienia objętego postępowaniem na kwotę 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych). Wartość zamówienia została oszacowana w dniu 28 stycznia 2014 r. w oparciu o ceny analizy rynku w grudniu 2013 r. oraz wartości ofert w unieważnionym w grudniu 2013 r. postępowaniu (pkt. 2.2. protokołu Postępowania).

Wykonawca Polimex – Engineering złożył ofertę na kwotę 1.346.750,00 zł (słownie: jeden milion trzysta czterdzieści sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych) netto, a Odwołujący na kwotę 4.900.000,00 zł (słownie: cztery miliony dziewięćset tysięcy złotych) netto.

Kwota zaoferowana przez Wykonawcę stanowi 26, 94% szacowanej wartości zamówienia.

Zamawiający słusznie podjął wątpliwości, co do zaoferowanej ceny i zwrócił się do wykonawcy Polimex – Engineering dwukrotnie (pismo z dnia 22 kwietnia 2014 r. znak: FZ/FZU/076- 118/4278/ZP/2014 oraz pismo z dnia 26 maja 2014 r. znak: FZ/FZU/076-158/4278/ZP/2014) o złożenie wyjaśnień.

Punktem odniesienia do uznania ceny za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia może być wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego zgodnie z art. 32 i powiększona o VAT.

Drugim punktem odniesienia powinny być ceny zawarte w innych ofertach złożonych w tym samym postępowaniu (zob. wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r., KIO/UZP 1511/08, www.uzp.gov.pl). W celu właściwej kwalifikacji ceny oferty zamawiający powinien odnieść ją także do cen rynkowych występujących w chwili badania oferty.

Wszystkie wytyczne wskazywane także w orzecznictwie, zdaniem Odwołującego, wskazują, że wykonawca Polimex – Engineering złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę.

Wykonawca Polimex – Engineering w wyjaśnieniach z dnia 2 kwietnia 2014 r. znak PW/46/14/G i w wyjaśnieniach z dnia 30 kwietnia 2014 r. znak PW/68/14/G nie przedstawił rzeczowych dowodów ani argumentów, że nie zaoferował realizacji przedmiotu zamówienia poniżej realnych kosztów realizacji zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz utrwalonym orzecznictwem, jeśli w wyjaśnieniach wykonawca przedstawia jedynie ogólnikowe stwierdzenia, niepoparte żadnymi dowodami, nie należy uznawać takich wyjaśnień za wystarczające, a ofertę należy wówczas odrzucić.

Wykonawca podkreślił, że układ wytwarzania suspensji jest wysoce specjalistyczną instalacją projektowaną jednostkowo. Aktualnie w Polsce - według wiedzy Odwołującego - pracują dwie instalacje tego typu: w Elektrowni Belchatów i w Elektrowni Pątnów. Obie te instalacje zostały zaprojektowane przez Odwołującego; dodatkowo instalacja w Elektrowni

Państw została zrealizowana przez Odwołującego w formule „pod klucz” i jego zdaniem aktualnie jest on jedynym wykonawcą w Polsce posiadającym doświadczenie w projektowaniu instalacji transportu suspensji.

Odwołujący stwierdził również, że załączone do wyjaśnień wykonawcy Polimex – Engineering z dnia 2 kwietnia 2014 r. znak PW/46/14/G tabelaryczne zestawienie ceny w rozbiciu na poszczególne czynności (analizy i projekty), jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ten nie przewidział do wykonania kompletnego zakresu zamówienia, gdyż w sposób bardzo znaczący nie oszacował ilości roboczogodzin potrzebnych na realizację zamówienia, jak również przyjął jako podstawę do wyliczeń stawkę roboczogodziny na poziomie 78 zł dla projektanta i 54 zł dla pomocnika projektanta (zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 30 kwietnia 2014 r. znak PW/68/14/G), co zdecydowanie odbiega od stawek rynkowych za wysoce specjalistyczny projekt obejmujący zarówno prace analityczne, koncepcyjne, dokumentację formalno-prawną, jak i dokumentację techniczną. Z przedstawionego w wyjaśnieniach porównania wynika także, że wykonawca Polimex – Engineering znacząco nie oszacował nakładów pracy w tych obszarach, w których niezbędna jest specjalistyczna wiedza z zakresu projektowania instalacji wytwarzania, transportu i składowania suspensji popiołowo-wodnej, czyli w fazie projektu podstawowego i dokumentacji wykonawczej.

Powołując się na orzecznictwo Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy powinny być wyczerpujące, mieć charakter skonkretyzowanych informacji odnoszących się do sytuacji wykonawcy, do konkretnych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny, powinny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze.

Wykonawca Polimex – Engineering w wyjaśnieniach z dnia 28 kwietnia 2014 r., wskazał, że cena „została skalkulowana przez osoby posiadające wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia, w wyniku czego należy uznać ją za realną, adekwatną do przedmiotu zamówienia, umożliwiającą jego wykonanie w obecnych warunkach gospodarczych, technologicznych i organizacyjnych, a w konsekwencji zapewniającą należyte wykonanie zamówienia”. Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 30 maja 2014 r., [na żądanie Zamawiającego, aby wyjaśnić, w jaki sposób posiadanie sprzętu i oprogramowania wpływa na niską zaoferowaną cenę wykonania zamówienia], wykonawca jeszcze raz powtórzył, że posiada oprogramowanie i sprzęt niezbędny do zrealizowania zamówienia, ale nie wskazał, w jaki sposób wpływa to na zaoferowaną cenę.

Odwołujący podkreślił, że wskazane elementy [oprogramowanie i sprzęt niezbędny do zrealizowania zamówienia] są właściwe również dla Odwołującego, a w konsekwencji nie sposób uznać ich za takie, które są właściwe tylko dla wykonawcy Polimex – Engineering i które mogą tłumaczyć olbrzymią różnicę cen pomiędzy ceną wskazaną w ofercie wykonawcy Polimex – Engineering, a ceną zaoferowaną przez Odwołującego i szacunkową wartością zamówienia, skalkulowaną przez Zamawiającego.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że powyższe elementy nie są obiektywnymi czynnikami, które - zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - powinien uwzględnić Zamawiający oceniając wyjaśnienia. Podkreślił, że wykonawca Polimex – Engineering nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, a kalkulacja ceny oferty wykonawcy Polimex – Engineering stanowi rozbitcie całkowitej ceny ofertowej na elementy cenotwórcze bez dalszego ich uszczegółowienia, tj. bez wskazania które okoliczności i jak - w sensie wartości, wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, co nie może być podstawą do wiarygodnego udowodnienia, że cena zaoferowana przez wykonawcę Polimex – Engineering nie jest ceną rażąco niską. Powyższe zatem powoduje wypełnienie przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Polimex – Engineering, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również, że wykonawca Biuro Studiów, Projektów i Realizacji „Energoprojekt - Katowice” S.A. z Katowic w tych konkretnych okolicznościach faktycznych ma legitymację procesową w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania, albowiem, z uwagi na podnoszone zarzuty ich uwzględnienie umożliwiłoby temu wykonawcy uzyskanie w tym postępowaniu zamówienia.

Rozpoznając zarzuty z odwołania Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

Odnosnie pierwszego z zarzutów dotyczącego warunku wiedzy i doświadczenia według sekcji III.2.3. pkt. 1a ogłoszenia o zamówieniu sektorowym oraz pkt 1.2. rozdziału VI) siwz - Izba stwierdziła przede wszystkim, że składający oświadczenie o udostępnieniu zasobów spółki Centrum Projektowego Polimex - Mostostal Sp. z o.o. w likwidacji na podstawie art. 26 ust.2b ustawy Pzp nie przedstawił umocowania dla likwidatora do uprawnionego składania takich oświadczeń. Zdaniem Izby złożenie oświadczenia o udostępnieniu zasobów będącej w likwidacji spółki przez jej likwidatora wymagałoby w okolicznościach faktycznych sprawy oraz w związku z art. 282 kodeksu spółek handlowych uchwały wspólników [§ 2], albowiem likwidator - podobnie wykonawca Przystępujący - Polimex – Engineering - nie przedstawił dowodu, że złożone przez niego oświadczenie o udostępnieniu zasobów jest potrzebne do ukończenia spraw będących w toku.

Izba stwierdza także, że wykonawca Polimex - Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie [Polimex – Engineering] powołując się na zasoby Centrum Projektowego Polimex - Mostostal Sp. z o.o. w likwidacji nie wykazał, że podmiot ten będzie uczestniczył realnie w realizacji tego zamówienia w całym okresie przewidzianym dla jego wykonania – do dnia 15 października 2015 r.

W tym oświadczeniu nie podano również w jaki sposób nastąpi udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia spółki w likwidacji, w szczególności – jak podał wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 30.05.2014 r.] - jej zasobów archiwalnych dokumentacji wykonywanych w przeszłości projektów, które mogą być pomocne przy realizacji zamówienia.

Przystępujący powołuje się w tym przypadku wyłącznie na nowo zatrudnianych pracowników dotychczas zatrudnionych w Centrum Projektowego Polimex - Mostostal Sp. z o.o. w likwidacji, nie wykazując, że są oni legitymowani do udostępnienia dokumentacji archiwalnej w imieniu spółki w likwidacji, bądź, że likwidator zobowiązał się do takich czynności, które ze swej istoty nie są czynnościami likwidacyjnymi w rozumieniu art. 282 § 1 ks.

Izba stwierdza również, że zgodnie ze spornym warunkiem wiedzy i doświadczenia [sekcja III.2.3. pkt. 1a) i w siwz - pkt 1.2. rozdziału VI], wykonawca miał wykazać wykonanie w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jednej dokumentacji technicznej, zawierającej projekt budowlany i projekty techniczne wykonawcze w branżach: budowlano-konstrukcyjnej, technologicznej, instalacyjnej, elektrycznej oraz AKPiA o wartości $\geq 1\ 000\ 000,00$ zł, na podstawie której została zrealizowana budowa i/lub robota budowlano-montażowa obiektów energetycznych i/lub instalacji energetycznych w energetyce konwencjonalnej.

W przedłożonym do oferty załączniku nr 2 – Wykaz usług (...) - wykonawca Polimex – Engineering nie wymienił wymaganych projektów technicznych w branżach wskazanych w warunku. Także listy referencyjne nie potwierdzają tego wymagania. Izba stwierdza również, że druga z referencji dotyczy ponadto aktualizacji projektu budowlanego, co nie było dopuszczone w tym warunku, a nie jego wykonania.

Reasumując, powoływane oświadczenie likwidatora o udostępnianiu zasobów Centrum Projektowego Polimex - Mostostal Sp. z o.o. w likwidacji, zgodnie z ustaleniami Izby, pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień, nie potwierdziło nie tylko uprawnień likwidatora do składania takiego oświadczenia, ale przede wszystkim, nie potwierdziło realnego udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia spółki w likwidacji oraz, wymaganego okresu takiego udostępnienia. Tym samym wyjaśnianie kwestii odnośnie zakresu projektów technicznych, w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, stało się bezprzedmiotowe dla oceny wymagania z sekcji III.2.3. pkt. 1a) oraz pkt 1.2. rozdziału VI specyfikacji.

Izba jednocześnie stwierdziła, że dotychczas kierowane wezwanie do wykonawcy [z dnia 26.05.2014 r.] oraz wyjaśnienia wykonawcy [pismo z dnia 30.05.2014 r.] dotyczyły wyłącznie okoliczności związanych z udostępnianymi zasobami przez podmiot trzeci - Centrum Projektowe Polimex - Mostostal Sp. z o.o. w likwidacji, podczas gdy przepis art. 26 ust.3 ustawy Pzp nawet w przypadku złożenia dokumentu niepotwierdzającego spełnienia warunku pozwala na wezwanie do złożenia innego dokumentu, pod warunkiem, że wymaganie zostanie potwierdzone na dzień składania ofert. Tym samym odnośnie warunku wiedzy i doświadczenia możliwe będzie skierowanie wezwania o uzupełnienie dokumentów celem potwierdzenia tego wymagania.

Także drugi z zarzutów dotyczący warunku zdolności ekonomicznej i finansowej [ogłoszenie o zamówieniu sektorowym - sekcja III.2.2. pkt. 1.1.a) i siwz - pkt 1.4. rozdziału VI], jest zasadny.

W niniejszej sprawie Izba ustaliła, że sporna Polisa ubezpieczeniowa wystawiona została na spółkę PxN-Projekt – Południe sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie ul. Mazowiecka 25, podczas gdy podmiotem ubiegającym się o to zamówienie jest spółka podmiot - Polimex - Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. J. Lea 202A. Przystępujący wykonawca udzielając wyjaśnień przedstawił przy piśmie z dnia 30.05.2014 r. postanowienie sądu o zmianie brzmienia firmy spółki PxN-Projekt – Południe sp. z o.o. na Polimex - Engineering Sp. z o.o. z ujawnioną zmianą adresu.

Zgodnie ze spornym warunkiem wykonawca miał wykazać się posiadaniem opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych) na dowód czego przedstawił przelew na kwotę 12.550 zł na konto Ubezpieczyciela – Ergo Hestia - wystawcy załączonej do oferty Polisy bez adnotacji, że jest to tytułem płatności czwartej raty.

Izba zwraca także uwagę, że na przelewie tytułem zapłaty wskazano na: „43600001 9100 ZP511”, a takie oznaczenie nie odzwierciedla numeru Polisy na której podano „Polisa nr 43600001 9100” oraz na tym przelewie w żaden sposób nie zaznaczono zmiany ubezpieczonego, wskazując tylko na płatnika - Polimex - Engineering. Zatem z tych powodów nie można a priori założyć, że przedłożona Polisa została opłacona w całości oraz, że dotyczy wykonawcy Polimex - Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. J. Lea 202A.

Mając na uwadze dotychczas kierowane wezwania do wykonawcy [z dnia 22.04.2014 r. oraz z dnia 26.05.2014 r.] Izba stwierdza, że dla definitywnego ustalenia, czy wykonawca posiada wymagane ubezpieczenie możliwe jest zastosowanie procedury z art. 26 ust.3 i 4 ustawy Pzp, albowiem dotychczasowe wezwanie [z dnia 26.05 2014 r. oraz wyjaśnienia wykonawcy] dotyczyło wyłącznie okoliczności związanych z nazwą podmiotu na który ta polisa została wystawiona.

Trzeci z zarzutów związany z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a dotyczący postanowień rozdziału II pkt 4 specyfikacji w zakresie możliwej do powierzenia podwykonawcy części zamówienia nie zasługuje, zdaniem Izby, na uwzględnienie.

Tak jak stwierdziła Izba, wykonawca Polimex - Engineering w pkt 12 formularza nie wskazał części zamówienia, których realizację zamierzy powierzyć podwykonawcom. W przewidzianych do tego wierszach wpisał znak kreski.

Z kolei udzielając wyjaśnień na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp odnośnie zaoferowanej ceny w tabeli załączonej do pisma z dnia 28 kwietnia 2014 r., przedstawiając kalkulację w kolumnie 9 wiersz przedostatni wykonawca ten podał kwotę 1.315.392 zł oznaczając ją w kolumnie 6 jako „Razem z kosztami narzutów”, a w kolumnie 10 w wierszu ostatnim tej tabeli wskazał na kwotę 1.346.750 zł, oznaczając ją w kolumnie 7 „Łączna z kosztami podwykonawców”.

Izba stwierdziła, że treść wyjaśnień z dnia 28.04.2014 r. w powiązaniu z punktem 12 Formularza oferty nie była przedmiotem wyjaśnień przez Zamawiającego, a wykonawca Polimex - Engineering w piśmie procesowym z dnia 20 czerwca 2014 r. przedłożonym na rozprawie do Izby podtrzymał oświadczenie złożone w ofercie stwierdzając, że informacja o podwykonawcach w wyjaśnieniach z dnia 28.04.2014 r. stanowi zwykłą omyłkę pisarską.

W ocenie Izby, tej omyłki nie można kwalifikować jako oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis ten przede wszystkim, jak i jego pozostałe punkty art. 87 ust.2 ustawy Pzp, odnosi się do treści oferty, która może podlegać poprawieniu tylko w zakresie wskazanych omyłek nawet po uprzednim ich wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp, a nie do wyjaśnień składanych, tak jak w tym przypadku, na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, które to wyjaśnienia nie mogą prowadzić do wprowadzenia niedopuszczalnych zmian w treści oferty.

Izba podkreśla również, że wyjaśnienia i kalkulacje – składane na wezwanie Zamawiającego sprzeczne z oświadczeniem pierwotnym złożonym w formularzu oferty, tak jak w tym przypadku z jego pkt 12 i poza przypadkami przewidzianymi w ustawie Pzp w jej artykule 87 ust. 2, nie mogą zmienić treści oferty.

Reasumując Izba stwierdza, że wykonawca Polimex – Engineering zgodnie z pkt 12 formularza oferty (str. 3) podał, że [tak jak zezwalała na to specyfikacja] samodzielnie będzie realizował zamówienie, albowiem nie określił części zamówienia realizowanego z udziałem podwykonawcy, a wskazana na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp w wyjaśnieniach [tabela do pisma z dnia 28.04.2014 r.] pozycja kosztowa dotycząca podwykonawców nie mogła zmienić treści oferty i tym samym te okoliczności nie mogą kwalifikować oferty Polimex – Engineering jak nieodpowiadającej treści specyfikacji.

Ostatni z zarzutów dotyczący niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Polimex - Engineering i tym samym naruszenia art. 90 ust.2 ustawy Pzp, zdaniem Izby, jest zasadny.

Wykonawca Polimex – Engineering złożył ofertę na kwotę 1. 346.750,00 zł (słownie: jeden milion trzysta czterdzieści sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych) netto, a Odwołujący na kwotę 4.900.000,00 zł (słownie: cztery miliony dziewięćset tysięcy złotych) netto, co stanowi 26, 94% szacowanej wartości zamówienia w przypadku pierwszej z cen.

Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Polimex – Engineering dwukrotnie o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp (pismo z dnia 22 kwietnia 2014 r. znak: FZ/FZU/076 - 118/4278/ZP/2014 oraz pismo z dnia 26 maja 2014 r. znak: FZ/FZU/076-158/4278/ZP/2014).

W pierwszym z wezwań [pismo z dnia 22 kwietnia 2014 r.] Zamawiający podał, że celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia wzywa o złożenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności o wypełnienie tabeli załączonej do wezwania.

Wykonawca w odpowiedzi na to wezwanie oświadczył, że „ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu nie sposób uznać za rażąco niską. Została ona skalkulowana przez osoby posiadające wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia, w wyniku czego należy ją uznać za realną, adekwatną do przedmiotu zamówienia, umożliwiającą jego wykonanie w obecnych warunkach gospodarczych, technologicznych i organizacyjnych, a w konsekwencji zapewniającą należyte wykonanie zamówienia. Dalej, powołując się intencjonalnie na judykaturę i orzecznictwo, wskazał na koszty osobowe z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia i kalkulację ceny przedstawioną w tabeli do pisma oraz, że spółka posiada własny sprzęt i oprogramowanie, unikając konieczności dokonywania dodatkowych zakupów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że w tej tabeli w kalkulacji skonkretyzowano pośrednio koszty podwykonawców na kwotę 31.358 zł, wynikającą z różnicy pomiędzy jej sumą końcową [1.346.750 zł], a łącznymi kosztami z narzutów [1.315.392 zł].

W kolejnym piśmie z dnia 26 maja 2014 r. Zamawiający ponowił - w zakresie tego zarzutu - wezwanie na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, żądając również według również opracowanej przez niego tabeli przedstawienia m.in. stawek za jedną roboczogodzinę pracy projektantów poszczególnych branż oraz pomocników projektantów, a dodatkowo - bliższego wskazania okoliczności np. w jaki sposób posiadanie sprzętu i oprogramowania ma wpływ na zaoferowaną niską cenę wykonania zamówienia. Żądał także wyjaśnienia, z czego wynika większy nakład pracochłonności na projekt wykonawczy branży budowlanej, niż na projekt wykonawczy branży technologicznej.

Wykonawca w odpowiedzi przedstawił wymaganą tabelę ze stawkami wynagrodzenia dla projektantów oraz ich asystentów podając, że wskazane w niej stawki obliczono w oparciu o system wynagrodzeń obowiązujący w spółce. Odnośnie drugiej części pytania - wykonawca

powołał się na argumentację z wyjaśnień z dnia 28.04.2014 r., a w odniesieniu do zagadnienia nakładu pracochłonności odwołał się do długoletniego doświadczenia projektantów wykonawcy.

Izba rozpoznając powyższy zarzut miała przede wszystkim na uwadze, że przedmiotem tego zamówienia jest niewątpliwie niestandardowa usługa inżynierska w zakresie projektowania obejmująca wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej budowy instalacji transportu popiołu oraz wytwarzania i transportu suspensji dla bloku 858 MW w zakres której wchodzi, oprócz opracowania projektu budowlanego i opracowania projektów wykonawczych we wszystkich branżach, także sporządzenie wielu specjalistycznych analiz z punktu widzenia tego zamówienia, wielobranżowego projektu podstawowego instalacji oraz uzyskanie decyzji uwarunkowań środowiskowych dla projektowanego przedsięwzięcia.

Izba uwzględniała również, że Zamawiający w pkt. 2.2. protokołu postępowania podał, że wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 5 mln zł na podstawie analiz cen rynkowych z grudnia 2013 r. oraz w oparciu o wartości ofert z unieważnionego w grudniu 2013 r. postępowania. W toku rozprawy podał także, że według jego informacji stawki rynkowe za prace projektowe są wyższe od przyjętych przez Polimex – Engineering i wskazał na stosowane na rynku stawki od 100 do 120 zł.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że ustalając wartość szacunkową zamówienia zamawiający zobowiązany jest dokonać tej czynności z należytą starannością, także z należytą starannością powinien dokonać badania czy oferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Z żądanych wyjaśnień wynika, że dla ustalenia jej wysokości dla Zamawiającego istotnymi czynnikami były elementy składające się na poszczególne punkty zamówienia wraz z określeniem nakładów pracy projektantów, stawek ich roboczogodziny, narzutów zysku i ewentualnych innych kosztów dodatkowych.

Dane w wymaganym zakresie zostały przez wykonawcę Polimex – Engineering podane, który dodatkowo powołał się na posiadany własny sprzęt i w odniesieniu do tych elementów nie podał, pomimo dwukrotnego wezwania, jaką mógłby ten czynnik stanowić pozycję kosztową w kalkulowanej cenie, gdyby konieczne było dokonywanie dodatkowych zakupów niezbędnych dla realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający nie wyjaśnił, zdaniem Izby, podstaw do zastosowanej ceny w ofercie przez wykonawcę Polimex – Engineering, w szczególności obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość proponowanej ceny poniżej 70 % wartości szacunkowej, jak i poniżej

ceny proponowanej w ofercie przez wnoszącego odwołanie wykonawcę, który to wykonawca niewątpliwie legitymuje się wiedzą i doświadczeniem w realizacji podobnych niestandardowych projektów o podobnym zakresie prac wymaganych do wykonania.

Ponowna ocena oferty wykonawcy co do zaproponowanej ceny powinna objąć m.in. analizę liczby godzin pracy przewidzianych przez wykonawcę Polimex – Engineering, celem ustalenia, czy faktycznie do wykonania kompletnego zakresu zamówienia przyjęta liczba godzin jest wystarczająca, czy też w tej sprawie doszło do znaczącego nie do szacowania ilości roboczogodzin niezbędnych dla realizacji tego zamówienia.

Oceny także wymaga podana, jako podstawa do wyliczeń stawka roboczogodziny na poziomie 78 zł dla projektanta w kontekście stawek rynkowych za specjalistyczne – jak w tym postępowaniu – prace, obejmujące wykonanie nie tylko projektu, ale i prace analityczne, koncepcyjne, dokumentację formalno-prawną, oraz dokumentację techniczną, szczególnie w sytuacji, gdy sam wykonawca Polimex – Engineering w korespondencji biznesowej powołuje się na stawkę co najmniej 130 zł, a Zamawiający w toku rozprawy wskazywał na stawkę rynkową 100 – 120 zł.

Izba jednocześnie zwraca uwagę, że Odwołujący nie przedstawił dowodów, że Przystępujący Polimex – Engineering zaoferował realizację przedmiotu zamówienia poniżej jego kosztów, jednakże żądane od wykonawcy Polimex – Engineering wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp powinny być rzetelnie ocenione przez Zamawiającego, a nieprzyjmowane bezkrytycznie, bez uprzedniej ich weryfikacji tym bardziej, że pomimo ponownego wezwania wykonawca Polimex – Engineering nie przedstawił wyjaśnień odnośnie wskazywanego wpływu posiadanego sprzętu i oprogramowania na zaoferowaną cenę oferty przez tego wykonawcę.

Izba w konkluzji stwierdza, że przeprowadzona przez Zamawiającego czynność wyjaśnień poziomu ceny oferty wykonawcy - Polimex – Engineering nie została przeprowadzona prawidłowo, co w tych okolicznościach faktycznych na tym etapie postępowania nie pozwala Izbie na rozstrzygnięcie o zastosowaniu do oferty wykonawcy Polimex – Engineering przepisu art. 89 ust. pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 tej ustawy. Izba zauważa na marginesie, że ocena powyższa może być przeprowadzana z zastosowaniem procedury z art. 90 ust.1 ustawy, ale tylko w dotychczas niewyjaśnianym zakresie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając również przepisy 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).

.....