

Sygn. akt KIO 2750/10

KIO 2772/10

WYROK

z dnia 7 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo

protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych przez

A. Budownictwo Naftowe Naftomontaż Sp. z o.o.

38-400 Krosno, ul. Łukasiewicza 89,

B. Control Process S.A. 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.

01-224 Warszawa, ul. M. Kasprzaka 25

przy udziale wykonawcy **Control Process S.A. 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2750/10 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2750/10,**
- 2. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2772/10 i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie wykonawcy Budownictwo Naftowo Gazownicze Naftomontaż Przemysł Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty,**
- 3. kosztami postępowania obciąża odpowiednio w spr. o sygn. akt KIO 2750/10 – Budownictwo Naftowe Naftomontaż Sp. z o.o. 38-400 Krosno, ul. Łukasiewicza 89, a w sprawie sygn. akt KIO 2772/10**

- Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. 01-224 Warszawa, ul. M. Kasprzaka 25 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Budownictwo Naftowe Naftomontaż Sp. z o.o. 38-400 Krosno, ul. Łukasiewicza 89,**
- 2) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Control Process S.A. 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16,**
- 3) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. 01-224 Warszawa, ul. M. Kasprzaka 25** na rzecz **Control Process S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 2750/10 i 2772/10 z 7 stycznia 2011 r.

Zamawiający – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (Oddział w Sanoku) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę instalacji technologicznych i zaplecza technicznego na KGZ Przemysł Zachód” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 października 2010 r. w Dz.Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

14 grudnia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o., kolejne miejsca w rankingu zajęły Control Process S.A. oraz Budownictwo Naftowe Naftomontaż Sp. z o. o.

Sprawa sygn. akt 2750/10

22 grudnia 2010 r. Odwołujący – Budownictwo Naftowe Naftomontaż Sp. z o. o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1. zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. ze względu na niespełnienie warunku określonego w punkcie 4.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Control Process S.A. ze względu na niezgodność oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, tj. naruszenia art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. rozstrzygnięcie przetargu polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej,
2. wykluczenia z postępowania nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o.,
3. odrzucenie oferty firmy Control Process S.A.,
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a następnie podpisania z Odwołującym umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że warunkiem udziału w postępowaniu (pkt 4.4.1. specyfikacji) było „wybudowanie, uruchomienie jako wykonawca, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia przez wykonawcę działalności jest krótszy – w całym tym okresie, co najmniej jednej instalacji technologicznej z zakresu przygotowania gazu do transportu lub budowy tłoczni gazu na obiektach budowlanych zakładu górniczego wydobywającego kopaliny metodą otworową o wydajności nie mniejszej niż 50 nm³/min.”

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o.o. przedłożył list referencyjny z 27 listopada 2008 r. wystawiony przez PGNiG S.A. Oddział w Sanoku, z którego wynika, iż udzielający referencji potwierdził wykonanie przez wykonawcę robót budowlano – montażowych instalacji technologicznych na obiekcie zakładu górniczego wydobywającego kopaliny metodą otworową o wydajności powyżej 50 nm³/min. Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia tamtego postępowania wynika zakres robót, które wykonywać miał wykonawca na zadaniu „KGZ Lubaczów – Zabudowa sprężarek gazu dla złoża Dzików – Wola Obszańska”, który nie obejmował wykonania instalacji technologicznej z zakresu przygotowania gazu do transportu lub budowy tłoczni gazu.

Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku przedstawienia przez BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o.o. referencji dotyczących realizacji zadania „KGZ Tarnów II – zabudowa sprężarek” zawartych w liście referencyjnym z 27 listopada 2008 r. wystawionym przez PGNiG S.A. oddział w Sanoku.

Ponadto referencje dla zadania: „Zagospodarowanie odwiertów gazowych Terliczka – Stobierna” dotyczą zakresu prac, dla których BNG Naftomontaż

Przemysł Sp. z o.o. wykonywał jedynie część robót jako podwykonawca (wykonawcą był Odwołujący) i które nie dotyczyły wybudowania, uruchomienia instalacji technologicznej określonej w punkcie 4.4.1. specyfikacji, były to tylko roboty budowlano – montażowe.

W Specyfikacji technicznej agregatów sprężających Zamawiający określił wymagania techniczne dla zabudowy trzech kompletnych agregatów sprężarkowych gazu ziemnego oraz parametry techniczne agregatu oraz wymagane parametry pracy agregatu sprężarkowego. Dodatkowo Zamawiający wymagał zastosowania sprawdzonych w pracy urządzeń agregatów sprężarkowych zgodnie z wymaganiami STAS co do rodzaju medium (gaz ziemny) – potwierdzeniem tego jest odpowiedź Zamawiającego na pytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 5 listopada 2010 r. Przedstawiona w ofercie Control Process S.A. sprężarka typu SR204 producent WUCH PZL-Dębica S.A. nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego, gdyż sprężarka ta nie jest urządzeniem sprawdzonym w pracy z tego rodzaju medium (gazem ziemnym), ponadto na moment składania ofert urządzenie nie pracowało na gazie ziemnym.

Sprawa sygn. akt KIO 2772/10

24 grudnia 2010 r. Odwołujący – Control Process S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewykluczenie BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. pomimo tego, że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewykluczenie BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. pomimo tego, że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia,
3. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewezwanie BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. do złożenia prawidłowych oświadczeń

i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia,

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o., pomimo że jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o., pomimo że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. wykluczenia BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. z postępowania lub odrzućenia złożonej przez niego oferty;

3. ponownej czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty złożonej przez BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o.,

względnie o nakazanie Zamawiającemu:

1. wezwania BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia prawidłowych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia,

2. ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem skutków odpowiedzi BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. na wyżej opisane wezwanie.

Zdaniem Odwołującego BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. złożył nieprawdziwe informacje mające bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W punkcie 4.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, w szczególności wybudowali, uruchomili jako wykonawca, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jedną instalację technologiczną z zakresu przygotowania gazu do transportu lub budowy tłoczni gazu na obiektach budowlanych zakładu górniczego wydobywającego kopaliny metodą otworową o wydajności nie mniejszej niż

50 nm³/min. Z punktu 12.1.13. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz dla uznania formalnej poprawności, oferta musi zawierać następujące dokumenty i oświadczenia: m.in. wykaz wykonanych przedsięwzięć odpowiadających swoim rodzajem robotom wymienionym w punkcie 4 ppkt 1 – z podaniem ich wartości, parametrów oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wobec powyższego należało wykazać się wykonaniem robót polegających na: 1. wybudowaniu i uruchomieniu co najmniej jednej instalacji technologicznej z zakresu przygotowania gazu do transportu lub 2. wybudowaniu i uruchomieniu co najmniej jednej tłoczni gazu. Przytoczone w treści punktu 4.1. specyfikacji terminy określające przedmiot robót, których wykonaniem miał się wykazać wykonawca w przedmiotowym postępowaniu, posiadają odniesienie w aktach powszechnie obowiązującego prawa – pojęcie „tłoczni gazu” w § 2 pkt 34 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 30 lipca 2001 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe (Dz. U. Nr 97, poz. 1055) jako „zespół urządzeń sprężania, regulacji i bezpieczeństwa wraz z instalacjami zasilającymi i pomocniczymi, spełniający oddzielnie lub równocześnie funkcje: przetłaczania gazu, podwyższania ciśnienia gazu ze źródeł i zbiorników oraz zatłaczania gazu do tych zbiorników”. Definicja ta wskazuje, że zaproponowane przez BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. doświadczenie w postaci wykonanych robót w najmniejszym stopniu nie odpowiadają wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. zamieścił następujący wykaz wykonanych robót: 1. Zagospodarowanie odwiertów gazowych Terliczka – Stobiernia, zamawiający PGNiG S.A. Oddział w Sanoku, 2. KGZ Tarnów II – zabudowa sprężarek gazu, PGNiG S.A. Oddział w Sanoku, 3. Wykonanie robót budowlano-montażowych KGZ Lubaczów – zabudowa sprężarek gazu dla złoża Dzików – Wola Obszańska, zamawiający PGNiG S.A. Oddział w Sanoku.

Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert powziął wątpliwości co do faktu, czy wskazane roboty spełniają warunek określony w punkcie 4.1. specyfikacji, co znalazło wyraz w skierowaniu do BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwania do złożenia wyjaśnień, że w zadaniach wskazanych w wykazie wykonanych przedsięwzięć (w pozycjach nr 2 i 3) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu firma BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o.o. jako wykonawca instalacji technologicznej (której to prawidłowość wykonania można ocenić jedynie po podłączeniu i uruchomieniu sprężarki/sprężarek) dla potrzeb prawidłowego zafunkcjonowania tłoczni gazu, brała czynny udział w procesie uruchomienia całości instalacji wraz ze sprężarką/sprężarkami (tłocznia gazu) – wezwanie z dnia 2 grudnia 2010 r. W odpowiedzi z 7 grudnia 2010 r. BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. wskazał, iż po utworzeniu nowej firmy tj. BNG Naftomontaż Przemysł realizował instalacje przy tłoczniach Tarnów II oraz Dzików i że na wspomnianych tłoczniach były montowane sprężarki tłokowe. Zdaniem Odwołującego BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o., formułując w taki sposób pismo, kierował się zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd w odniesieniu do zakresu swego udziału w robotach pod numerami 2 i 3. Stwierdzenie, iż „na wspomnianych tłoczniach były montowane sprężarki tłokowe” nie jest wprawdzie równoznaczne ze stwierdzeniem, że to BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. dostarczał i montował opisane sprężarki tłokowe, ale z całą pewnością wywołać musiało tego rodzaju przekonanie, tymczasem w rzeczywistości czynności te, w tym uruchomienie całości instalacji, zostały wykonane przez zupełnie inny podmiot. Czynności te – dostawa i uruchomienie sprężarek gazu, były zresztą w obu przypadkach przedmiotem zupełnie odrębnych postępowań, w których zamówień udzielono wykonawcy ABB Zamech Gazpetro Sp. z o.o. Udział BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. w tych inwestycjach ograniczył się wyłącznie do robót budowlano – montażowych, a okoliczność ta powinna być zresztą znana Zamawiającemu, gdyż to on prowadził ww. postępowania. Poza tym, zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu

stanowi odrębną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający zaniechał również powyższej czynności, co uzasadnia zasadność żądania również w tej części – jak wskazano powyżej, BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do pozycji nr 2 i 3 wykazu. Również pozycja nr 1 wykazu nie potwierdza spełnienia warunków, bowiem BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. nie pełnił roli wykonawcy w odniesieniu do tego zadania – wykonawcą było Budownictwo Naftowe Naftomontaż Sp. z o.o., a BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. pełnił jedynie rolę podwykonawcy.

Ponadto przedłożone wraz z ofertą referencje obejmujące to zadanie nie mogłyby stanowić jakiegokolwiek potwierdzenia prawidłowego wykonania robót nimi objętych z tej przyczyny, że są wystawione i sygnowane przez inwestora, a nie przez generalnego wykonawcę zadania. Inwestor, dokonując odbioru wykonanych robót, może posiadać wiedzę jedynie co do jakości ich wykonania, natomiast nie może mieć żadnej pewności co do tego, jaki podmiot wykonał roboty. Jedynym podmiotem, który rozlicza się inwestorowi z wykonanych robót jest wyłącznie generalny wykonawca danej inwestycji, który nadzoruje działania swych podwykonawców i to generalny wykonawca posiada pełne i pewne informacje dotyczące sposobu wykonywania robót przez poszczególnych podwykonawców.

Niezależnie od powyższego, również i to zadanie, w zakresie, w jakim miało być zrealizowane przez BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o., nie odpowiada wymogom określonym w punkcie 4.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia pod względem przedmiotowym. Wykonane gazociągi można wprawdzie zakwalifikować jako instalacje technologiczne, ale co najwyżej jedynie z zakresu transportu gazu, a nie z zakresu przygotowania gazu do transportu. Niezależnie od powyższego załączony do wykazu list referencyjny nie potwierdza faktu uruchomienia gazociągów.

Ponadto oferta BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. powinna zostać odrzucona.

Zgodnie z treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z kolei z treścią

przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Zgodnie z punktem 8.7. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „oferta oraz wymagane załączniki (wszystkie zapisane strony) powinny być podpisane przez umocowanego/ych prawnie przedstawiciela/i Wykonawcy”.

BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. opisanego wymogu nie spełniła, nie opatrując szeregu stron wchodzących w zakres oferty czy poszczególnych stron harmonogramu rzeczowo – finansowego podpisami jakichkolwiek osób. Sposób obliczenia ceny Zamawiający określił w treści punktu 13. specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „cena określona w ofercie musi wynikać z harmonogramu rzeczowo – finansowego (załącznik nr 1 do formularza ofertowego).” Tymczasem w ofercie BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. między ceną końcową zaoferowaną w formularzu ofertowym a sumą wartości poszczególnych pozycji harmonogramu rzeczowo – finansowego istnieją poważne rozbieżności. Łączna cena netto w formularzu ofertowym to 16.811.213,49 PLN, a zsumowanie pozycji harmonogramu daje zaś kwotę 16.851.213,49 PLN. Natura błędu i rozpiętość harmonogramu sprawia przy tym, iż skorygowanie wyżej wskazanego błędu jest niemożliwe, nie można bowiem ustalić, czy konieczne byłoby podwyższenie ceny końcowej, czy też korekta któregoś, i którego, z elementów harmonogramu. Oczywista omyłka to taka, która poza łatwością wykrycia, cechuje się tym, że jest przypadkową i niezamierzoną niedokładnością w zapisie lub w wyliczeniu, której sposób poprawienia nasuwa się sam przez się każdemu, a dokonana poprawa nie powoduje żadnej zmiany treści złożonego oświadczenia. Wspomniane uchybienie nie może być usunięte w taki sposób, tym samym oferta powinna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oferta podlegać powinna odrzuceniu również z uwagi na to, że zaoferowane przez BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. rozwiązania techniczne robót nie odpowiadają wymogom przedstawionym przez Zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kwestia dotyczy dwóch pozycji „Danych technicznych podstawowych urządzeń tłoczni gazu” – załącznika nr 11 do formularza ofertowego. BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. wskazał

w nim, że wydajność cieplna agregatu wody lodowej (chiller) wyniesie 126 kW i zaoferował agregat wody lodowej do schładzania gazu do temperatury 12 °C DARPIN SA 13-N. Wydajność cieplna zaoferowanego agregatu jest niewystarczająca do schłodzenia gazu z temperatury 40 °C do 12 °C, na potwierdzenie czego Odwołujący przedstawił obliczenia. Zgodnie z programem funkcjonalno – użytkowym tłoczni gazu (str. 9 pkt 3.2.) „schładzanie gazu do wymaganej temperatury +12°C prowadzone będzie na wspólnej dla wszystkich sprężarek instalacji schładzania gazu procesowego, składającej się z dwu agregatów chłodniczych („chiller’ów”) – w tym jeden rezerwowy, oraz wymiennika ciepła „gaz-woda lodowa”; (str. 33 pkt. 1.2.) tabela „Bilans mocy (szacunkowy) dla tłoczni gazu KGZ Przemysł Zachód” oraz schematy, wyrysy i lokalizacja urządzeń tłoczni.

Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika więc, iż Zamawiający żądał dostawy dwóch agregatów wody lodowej, w tym jednego rezerwowego. Z przedstawionych obliczeń wynika, zdaniem Odwołującego, iż BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. musiałby, celem dokonania schłodzenia zgodnie ze specyfikacją, dostarczyć 4 agregaty typu DARPIN SA 13-N, co stoi w sprzeczności z postanowieniami specyfikacji, Programu funkcjonalno – użytkowego tłoczni gazu, ze schematem technologicznym tłoczni gazu nr PZ.06/2010 oraz pozostałymi rysunkami sytuacyjnymi, wreszcie z zawartym w ofercie BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. harmonogramem rzeczowo – finansowym. Zatem zaoferowane roboty nie odpowiadają wymogom określonym w specyfikacji.

Poza tym w punkcie 7. załącznika nr 11 wskazano, że powierzchnia wymiany ciepła w przypadku wymiennika gaz – woda lodowa wyniesie 23 m², co w ocenie Odwołującego stanowi zbyt małą powierzchnię wymiany, aby zapewnić skuteczne schłodzenie gazu do wymaganej temperatury 12°C.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz Programem funkcjonalno – użytkowym tłoczni gazu, Zamawiający wymagał dostarczenia trzech wymienników ciepła typu „gaz-woda” (rys nr PZ.07/2010) dla każdego zestawu sprężającego schładzających do temperatury pośredniej gorący gaz tłoczony przez sprężarkę oraz pojedynczego wymiennika ciepła typu „gaz-woda lodowa” (rys. nr PZ.06/2010) w celu dalszego schłodzenia gazu do

temperatury 12 °C o wydajności umożliwiającej schłodzenie gazu przy jednoczesnej pracy dwóch agregatów sprężających. BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. zaoferował wymiennik ciepła „gaz-woda” o powierzchni wymiany 35 m², posiada on więc zbyt małą powierzchnię wymiany aby zapewnić skuteczne schłodzenie gazu do temperatury pośredniej umożliwiającej dalsze schłodzenie gazu w wymienniku „gaz-woda lodowa” do żądanej temperatury 12 °C.

W sytuacji, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu wykluczenia BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. z postępowania lub odrzucenia złożonej przez niego oferty, to nie powinno ulegać żadnej wątpliwości, że konieczne i w pełni zasadne jest co najmniej nakazanie Zamawiającemu wezwania tego wykonawcy do złożenia prawidłowych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołania wnosząc o ich oddalenie. Zamawiający zaprzeczył wszystkim twierdzeniom Odwoływających. Zdaniem Zamawiającego BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. nie podał nieprawdziwych informacji, a nawet gdyby je podał, nie miałyby one wpływu na wynik postępowania. Wykonawca nie podał, że sam montował tłocznie, poza tym warunkiem udziału w postępowaniu nie było posiadanie wiedzy i doświadczenia w budowie tłoczni, lecz wykonaniu i uruchomieniu instalacji technologicznej z zakresu budowy tłoczni lub przygotowania gazu do transportu.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewezwanie BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. do złożenia prawidłowych oświadczeń i dokumentów jest niezrozumiały, bowiem Zamawiający zwrócił się do niego w tym przedmiocie.

Odczytanie przez Odwoływającego z punktu 4.4.I specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że Zamawiający żąda wybudowania i uruchomienia co najmniej jednej tłoczni gazu mija się nie tylko z literalną treścią zapisu, ale i intencją Zamawiającego, gdyż taka interpretacja monopolizowałaby

rynek i ograniczała liczbę wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu. Dlatego wszelkie zarzuty, iż BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. nie wybudował i nie uruchomił tłoczni gazu, są bez znaczenia. Zamawiający dokonał analizy umów i protokołów odbioru spornych prac (w których był inwestorem). Fakt, iż członkowie komisji przetargowej nie byli jednomyślni przy podejmowaniu decyzji, nie ma znaczenia, gdyż decyzje podejmuje cała komisja.

W odniesieniu do braku podpisów/paraf Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO, z którego wywiódł, że są to braki formalne, a nie merytoryczne.

W odniesieniu do wskazanego błędu w obliczeniu ceny stwierdził, że jest to błąd w działaniu matematycznym. Porównanie kolumny „Wartość netto” i kolumny „Razem” harmonogramu pozwala na stwierdzenie, że w poz. 39. wpisano kwotę 46.233,17 zł, która w wyniku kopiowania do kolumny „Razem” omyłkowo została przeniesiona jako 6.233,17 zł, a więc jest to omyłka rachunkowa, a jej poprawienie nie zmieni rankingu ofert. Odwołujący mógł więc ewentualnie zarzucić naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak co do tego przepisu Izba nie może orzec, gdyż zarzut nie był zawarty w odwołaniu, poza tym nie ma wpływu na wynik postępowania, więc miałby zastosowanie art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co zaś do zarzutu dotyczącego doboru urządzeń, Zamawiający stwierdził, iż komisja przetargowa nie dokonuje przeliczeń konstrukcyjnych, podczas odbiorów będą wykonywane pomiary mające wykazać poprawność pracy urządzeń, a wykonawca będzie zobowiązany do zapewnienia tych parametrów.

Zdaniem Zamawiającego odpowiedź z 5 listopada 2010 r. dotyczące sprężarki stanowić miała jedynie ukierunkowanie wykonawców, a nie nowy warunek udziału w postępowaniu, odpowiedzią tą Zamawiający nie dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza tym poza ogólnikowym stwierdzeniem Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów i nie udowodnił, że zaoferowana sprężarka jest niezgodna ze specyfikacją

istotnych warunków zamówienia. Natomiast sam Zamawiający takiej niezgodności nie znalazł.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy oraz po zapoznaniu się z przedłożonymi dokumentami Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz iż Odwołujący mają interes prawny we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła także, że stan faktyczny przedstawiony przez Strony nie jest sporny pomiędzy Stronami i pokrywa się ze stanem wynikającym z dokumentacji postępowania.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących niespełnienia przez BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia w wybudowaniu, uruchomieniu jako wykonawca co najmniej jednej instalacji technologicznej z zakresu przygotowania gazu do transportu lub budowy tłoczni gazu na obiektach budowlanych zakładu górniczego wydobywającego kopaliny metodą otworową o wydajności nie mniejszej niż 50 nm³/min.” Izba stwierdziła, że zarzuty nie potwierdziły się.

Zamawiający przyznał, iż z przedstawionych przez BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. trzech robót: „Zagospodarowanie odwiertów gazowych Terliczka – Stobierna”, „KGZ Tarnów II – zabudowa sprężarek”, „KGZ Lubaczów – Zabudowa sprężarek gazu dla złoża Dzików – Wola Obszańska”, nie uznał zadania 1. – „Zagospodarowanie odwiertów gazowych Terliczka – Stobierna”, gdyż BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. pełnił tam jedynie funkcję podwykonawcy, zatem zadanie to nie było sporne pomiędzy Stronami.

Co do pozostałych dwóch zadań Izba stwierdziła, iż, jakkolwiek nie można odmówić logiki i dużej dozy słuszności argumentacji Odwołujących, gdyż pożądane jest, aby wybrany wykonawca odznaczał się jak największym doświadczeniem, to jednak analiza sformułowań warunku prowadzi do wniosku, że brak jest podstaw do wykluczenia kwestionowanego wykonawcy. Warunek ten bowiem został postawiony w sposób nieostry, gdyż o ile, jak wskazał Odwołujący – Control Process S.A. – można zdefiniować budowę tłoczni gazu, o tyle w odniesieniu do „instalacji technologicznej z zakresu przygotowania gazu do transportu” brak jest określenia minimalnego wymaganego zakresu budowy ww. instalacji technologicznej. Co więcej – w powyższym sformułowaniu zostało użyte określenie „z zakresu” (przygotowania gazu do transportu). Zakres to „1. granica zasięgu jakiegoś zjawiska, działania, faktu; też: dziedzina, sfera objęta tymi granicami, 2. granice, w których zmienia się dana wielkość matematyczna lub fizyczna, 3. zbiór wszystkich desygnatów nazwy” (wg definicji zawartych w słowniku języka polskiego na stronie internetowej PWN www.sjp.pwn.pl). Zatem przedmiotem robót nie musiała być cała instalacja technologiczna przygotowania gazu do transportu, ale instalacja stanowiąca choćby jeden z jej elementów. Natomiast jeśli odczytać ten warunek w sposób, w jaki wskazał Zamawiający w odpowiedziach na odwołanie, tj. nie jako 1) instalacji technologicznej z zakresu przygotowania gazu do transportu lub 2) budowy tłoczni gazu, lecz 1) instalacji technologicznej z zakresu przygotowania gazu do transportu lub 2) instalacji technologicznej z zakresu budowy tłoczni, co również jest możliwe, to wymagania warunku są jeszcze łagodniejsze.

Tym samym, kierując się przyjętą w procedurze udzielania zamówień publicznych zasadą, że wątpliwości i nieostre sformułowania warunków udziału w postępowaniu należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy, Izba rozstrzygnęła na korzyść BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o.

Izba nie znalazła też powodu, by kwestionować referencje wystawione przez inwestora, gdyż brak jest jakichkolwiek dowodów, że inwestor (PGNiG) nie miał świadomości znaczenia swojego oświadczenia. Natomiast jeśli uczestnicy procesu budowlanego wykonali obowiązki wynikające z art. 647¹ kodeksu cywilnego, a także jeśli inwestor powołał inspektorów nadzoru,

prawdopodobne jest, że miał on świadomość zakresu prac wykonywanych przez poszczególne podmioty (wykonawcę I podwykonawców).

Na marginesie można wspomnieć, że w praktyce to raczej właśnie referencje wystawiane przez wykonawców podwykonawcom bywają kwestionowane z argumentacją, iż to jedynie inwestor może wskazać, że uważa prace za należycie wykonane (choć przyjęło się już, co do zasady, akceptować obu wystawców referencji).

Biorąc zaś pod uwagę to, że Zamawiający – PGNiG S.A. oddział w Sanoku był inwestorem we wszystkich wskazanych przez BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. w wykazie robotach, zatem posiadał wiedzę, z jakim podmiotem podpisał umowę na montaż danych urządzeń, dość nielogiczne wydaje się, by BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. starał się wprowadzić Zamawiającego w błąd składając mu w tym zakresie nieprawdziwe informacje.

W odniesieniu do zarzutu zaoferowania przez Control Process S.A. sprężarki SR204 produkcji WUCH PZL Dębica S.A., która nie jest dedykowana do pracy z gazem ziemnym oraz nie jest urządzeniem sprawdzonym w pracy z tego rodzaju medium, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Control Process S.A. przedstawił kserokopię dokumentacji techniczno – ruchowej agregatu sprężarkowego śrubowego ASR204/CNG, którego część stanowi sporna sprężarka, gdzie w punkcie 1. – wstęp oraz 2. – dane techniczne wskazano, iż agregat jest przeznaczony do sprężania gazu ziemnego, co potwierdza też oznaczenie CNG. Tym samym Izba uznała, iż urządzenie jest przeznaczone do pracy z gazem ziemnym.

W odniesieniu do wymogu, aby sprężarka była urządzeniem sprawdzonym w pracy z gazem ziemnym, Izba uznała przede wszystkim, iż wymóg ten wyraźnie wynika z odpowiedzi na zapytanie dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia udzielonej pismem z 5 listopada 2010 r. Odpowiedzi na pytania wykonawców w zakresie specyfikacji istotnych warunków zamówienia są tak samo wiążące dla tych wykonawców i zamawiającego, jak pierwotna treść specyfikacji i jej modyfikacja, o której mowa w art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie Izba przyznała rację Zamawiającemu, iż nie wskazał on, jakie musi być minimalne „doświadczenie” sprężarki, aby uznać, że jest ona urządzeniem sprawdzonym w tym zakresie, zatem wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

Control Process S.A. wskazał dwie lokalizacje, w których montował przedmiotową sprężarkę. Izba uznała, że sprężarka zamontowana dla spółki Polski Gaz Sp. z o.o. Oddział w Sosnowcu, co do której nie było sporne, iż obsługuje gaz propan butan, nie spełnia tego wymogu, gdyż pomimo że propan butan stanowią składniki gazu ziemnego, do uznania gazu za gaz ziemny, konieczna jest obecność metanu jako gazu dominującego.

Co zaś do sprężarki zamontowanej w Odolanowie, jakkolwiek również w tym wypadku zachodziły wątpliwości ze względu na daty montażu i uruchomienia urządzeń oraz problemy z uzyskaniem odpowiednich parametrów, Izba stwierdziła, że nie wskazano, aby powodem owych problemów było samo wadliwe działanie sprężarki z gazem ziemnym.

Ponadto, biorąc pod uwagę fakt, że wymaganie dotyczy sprężarki, a nie konkretnego wykonawcy, dla uznania jego spełnienia istotne jest, czy jakikolwiek podmiot używał tej sprężarki z gazem ziemnym (z pozytywnym skutkiem), a nie tylko tych, które zamontował Control Process S.A., do czego Strony się nie odniosły. Odwołujący przedstawił tylko ogólne, powszechnie dostępne informacje, w szczególności brak potwierdzenia przez producenta faktu braku wcześniejszego stosowania tych sprężarek do pracy z gazem ziemnym. Tym samym Izba nie mogła uznać powyższego zarzutu za udowodniony i, co za tym idzie, za podstawę odrzucenia oferty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku podpisów w ofercie BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. we wszystkich wymaganych przez Zamawiającego miejscach, Izba stwierdziła, że braki te mogłyby być podstawą odrzucenia oferty wyłącznie w przypadku, gdy powodowałyby nieważność oświadczeń, do których się odnoszą, czy też całej oferty. Ponieważ niepodpisanie czy też nieparafowanie poszczególnych stron takiego skutku nie wywiera, należy je uznać wyłącznie za braki formalne, a nie

odnoszące się do treści oferty (czy też, w braku podpisu, raczej należałoby mówić o jej niezłożeniu).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny w ofercie BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. Zamawiający wskazał, iż w istocie jest to niezauważona przez niego omyłka rachunkowa w sumowaniu kolumn w pozycji 39. harmonogramu rzeczowo – finansowego, w której wykonawca sumując poszczególne kolumny w skrajnej prawej kolumnie zamiast kwoty 46.233,17 wpisał 6 233,17, tym samym należałoby poprawić tę komórkę, a następnie sumę końcową tabeli oraz kwotę w formularzu ofertowym.

Izba przyznała rację Zamawiającemu, iż sporny błąd nosi znamiona oczywistej omyłki rachunkowej i może być poprawiony w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (pod warunkiem, że nie stoją temu na przeszkodzie obliczenia dokonane w kosztorysach ofertowych, której to jednak okoliczności żadna ze Stron nie podnosiła).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaoferowania urządzeń chłodzących, które nie są w stanie zapewnić schłodzenia gazu do wymaganych przez Zamawiającego 12 °C Izba stwierdziła, że Odwołujący uprawdopodobnił ten fakt. Zamawiający w zasadzie nie zakwestionował poprawności dokonanych obliczeń – jakkolwiek wskazywał, że zależą one od przyjętych założeń, a jako że nie zna metodologii i obliczeń dokonanych przez BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o., nie potrafi kategorycznie stwierdzić, czy są one wykonane poprawnie i w związku z tym, czy poprawnie dokonano obliczenia.

W tym względzie Izba przyznała Zamawiającemu rację uznając, iż bez uzyskania w tym zakresie wyjaśnień od samego oferenta, nie można stwierdzić z całą pewnością, iż zastosowane rozwiązanie nie osiągnie w praktyce wymaganych parametrów. Poza tym, zgodnie z założeniami procedury udzielania zamówień publicznych, wskazane jest uzyskanie w tym zakresie stanowiska oferenta (nie zgłosił on przystąpienia do postępowania odwoławczego). W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający powinien wezwać BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia treści oferty

w zakresie osiągnięcia przez negowane urządzenia (wraz z resztą instalacji) wymogu schłodzenia gazu do 12 °C. Natomiast, jeśli wykonawca nie złoży wyjaśnień lub nie potwierdzą one osiągnięcia wymaganej temperatury, zarzut Odwołującego zostanie potwierdzony. Przy ocenie wyjaśnień Zamawiający powinien wziąć pod uwagę wymogi zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w większości zostały one wskazane podczas rozprawy) z uwzględnieniem, czy mają one charakter informacyjny, czy kategoriowy m.in. wymaganą liczbę urządzeń, ich charakter – czy mogą pracować równolegle, czy też są urządzeniami rezerwowymi, wymogi dla otoczenia i instalacji, że urządzenie musi się wykazać wydajnością również w niesprzyjających warunkach oraz wydobycie gazu planowane w najbliższych latach (nie ma znaczenia, że Zamawiający w okresie kolejnych kilkunastu lat planuje zmniejszyć wydobycie gazu, skoro obecnie urządzenia muszą osiągnąć wydajność przy wydobyciu planowanym na najbliższe lata). Należy też zwrócić uwagę, iż nawet jeśli Zamawiający na etapie realizacji umowy zaakceptowałby lub oczekiwał wymiany urządzeń na osiągające wskazane parametry, taka możliwość nie została przewidziana w warunkach składania ofert ani w projekcie umowy (w kontekście art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), zatem nie mogła być wzięta przez Izbę pod uwagę jako argument przemawiający za akceptacją oferty niezależnie od parametrów zaoferowanych urządzeń.

Ponieważ Odwołujący – Control Process S.A. wniósł o powołanie biegłego w tym zakresie jako dowód ewentualny, Izba uznała, iż nie jest konieczne jego przeprowadzenie. Poza tym w braku pełnych danych, które można by przedstawić biegłemu, zwłaszcza bez możliwości oceny wyliczeń i założeń dokonanych przez BNG Naftomontaż Przemysł Sp. z o. o. przy wyborze urządzeń, dowód ten nie byłby wystarczająco miarodajny.

Jako że powyżej nakazana czynność może mieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty, Izba odwołanie uwzględniła.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 i 3 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).

Przewodniczący

.....