

POSTANOWIENIE
z dnia 29 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Danuta Dziubińska
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 29 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2018 r. przez **DK Energy Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Sopotu, ul. Kościuszki 25/27, 81-730 Sopot**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Siemens Sp. z o.o., Siemens Finance Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Gdańskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o., GPEC SERWIS Sp. z o.o. w Gdańsku, adres dla pełnomocnika: ul. Biała 1B, 80-435 Gdańsk** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **DK Energy Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. zasądza od **DK Energy Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa** na rzecz **Gminy Miasta Sopotu, ul. Kościuszki 25/27, 81-730 Sopot** kwotę **4 200 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście złotych zero groszy), stanowiącą koszty dojazdu i koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożonymi do akt sprawy fakturami.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2017 r. poz. 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Sopot - prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie na wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia pn. „Kompleksowa modernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej w Sopocie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 listopada 2016r. pod numerem 402481-2016-PL.

W dniu 15 stycznia 2018r. Odwołujący - DK Energy Polska Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. naruszeniu postanowień art. 60d ust. 1 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania, niedokonanie weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu przez poszczególnych wykonawców, a w konsekwencji przyjęcie, że wykonawca konsorcjum Gdańskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. oraz GPEC Serwis sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum GPEC”) spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2. naruszeniu postanowień art. 60d ust. 1 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania, a w konsekwencji niepoinformowanie wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków i otrzymanych ocenach;
3. naruszeniu postanowień art. 60e ust. 3 PZP poprzez zaproszenie wykonawcy Konsorcjum GPEC do złożenia oferty, pomimo iż dokumentacja przedstawiona w toku postępowania przez Konsorcjum GPEC wskazuje, iż podmiot ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczących doświadczenia w zakresie realizacji przedsięwzięć termomodernizacyjnych oraz świadczenia usług polegających na zarządzaniu energią;
4. naruszeniu postanowień art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez brak wezwania do przedstawienia wyjaśnień, a następnie wykluczenia Konsorcjum GPEC, pomimo iż z treści załączonych do wniosku o dopuszczenie dokumentów wynika, iż podmiot ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia w zakresie realizacji przedsięwzięć termomodernizacyjnych oraz świadczenia usług polegających na zarządzaniu energią.

Odwołujący podniósł, że Informacja o zaproszeniu do składania ofert została przesłana Odwołującemu w dniu 4 stycznia 2018 roku, w tym też dniu Odwołujący powziął informację, iż nie doszło do odrzucenia oferty Konsorcjum GPEC oraz, iż zaproszono wskazanego wykonawcę do złożenia oferty.

Wskazał, iż może ponieść szkodę w wyniku zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego. Odwołujący musi bowiem konkurować z wykonawcą (Konsorcjum GPEC), którego oferta powinna podlegać odrzuceniu ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny spełnienia przez oferentów warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy Konsorcjum GPEC i uchylecia czynności zaproszenia wykonawcy Konsorcjum GPEC do złożenia oferty sprawi, iż Odwołujący będzie mógł rywalizować z innymi wykonawcami na zasadach uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego wykazane przez Konsorcjum GPEC zadania nie odpowiadają wymogom stawianym przez Zamawiającego w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej. Swoje wątpliwości w tym zakresie podniósł w piśmie skierowanym do Zamawiającego bezpośrednio po uzyskaniu wglądu w dokumentację przedłożoną przez Konsorcjum GPEC. Zamawiający w toku postępowania nie wskazał w żaden sposób, iż doszło ani do weryfikacji powyższej kwestii przez Zamawiającego ani do późniejszego przedstawienia przez Konsorcjum GPEC dokumentacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, iż do czasu uzyskania zaproszenia do złożenia oferty przez Odwołującego, Zamawiający nie wystosował informacji wskazanej w art. 60d ust. 1 PZP. Odwołujący nie miał zatem wiedzy czy doszło do zakończenia weryfikacji złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w zakresie zarzutów podniesionych w odniesieniu do wniosku Konsorcjum GPEC. Po uzyskaniu informacji, iż doszło do wystosowania zaproszeń do złożenia oferty oraz, iż zaproszenie takie zostało skierowane m.in. także do Konsorcjum GPEC Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający nie tylko nie wystosuje oświadczenia wskazanego w art. 60d ust. 1 PZP, ale także, iż w ogóle zakończył on etap badania wniosków w zakresie spełniania przez poszczególnych wykonawców warunków udziału w postępowaniu. W tej sytuacji, wobec zaniechania wystosowania oświadczenia zgodnie z art. 60d ust. 1 PZP, termin złożenia odwołania w zakresie nieuwzględnienia przez Zamawiającego braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez kontroferenta rozpoczyna się wraz z uzyskaniem informacji, iż Zamawiający zamknął etap, w którym możliwa była weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym dla Odwołującego termin dla wniesienia odwołania rozpoczął bieg w dniu 4 stycznia 2018 roku, gdy Odwołujący uzyskał zaproszenie do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz powziął wiedzę, iż zaproszenie zostało wystosowane także do Konsorcjum GPEC.

Skład orzekający Izby na posiedzeniu z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron i uczestników postępowania, przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, w oparciu o które ustalił co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 listopada 2016r. pod numerem 402481-2016-PL. W treści ogłoszenia zamawiający wskazał: przewidywana minimalna liczba zaproszonych kandydatów: 3, maksymalna liczba: 5.

W Sekcji III. 1 Zamawiający podał, iż w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy: wobec, których brak podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz pkt 4-8 Pzp oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu a mianowicie:

1. wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował co najmniej jedno przedsięwzięcie termomodernizacyjne w rozumieniu art. 2 pkt 2) ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (tj. Dz. U. z 2014 r. poz. 712) obejmujące zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w co najmniej 4 obiektach budowlanych (łącznie w ramach jednego zadania) należących do którejś ze wskazanej kategorii obiektów budowlanych załącznika do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 290 z późn.zm) : IX (budynki kultury, nauki i oświaty), X (budynki kultu religijnego), XI (budynki służby zdrowia), XII (budynki administracji publicznej), XIV (budynki zakwaterowania turystycznego i rekreacyjnego), XV (budynki sportu i rekreacji), XVI (budynki biurowe i konferencyjne), XVII (budynki handlu, gastronomii i usług) o łącznej wartości nakładów inwestycyjnych nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN brutto (słownie: piętnaście milionów 00/100 PLN).
2. wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej dwie usługi, które polegały zarządzaniu energią w obiektach użyteczności publicznej przez okres co najmniej 12 miesięcy, obejmujący co najmniej jeden pełny sezon grzewczy, z których co najmniej jedno polegało na zarządzaniu energią w co najmniej 5 obiektach w ramach jednej umowy w obiektach budowlanych, należących do wskazanej kategorii obiektów budowlanych załącznika do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r.; poz. 290 z późn.zm.): IX,X, XI, XII, XIV, XV, XVI, XVII.

W postępowaniu wpłynęło pięć wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wniosek złożony przez Konsorcjum GPEC. W dniu 29 grudnia 2016r. Zamawiający poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach, wskazując że nie ograniczył liczby wykonawców i dopuścił do udziału w dialogu wszystkich, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu, w tym konsorcjum GPEC. Jednocześnie w tym samym piśmie zaprosił do dialogu, wskazując iż planuje rozpoczęcie dialogu od dnia 16 stycznia 2017r. Wskazał, że wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz brak podstaw wykluczenia, które należy dołączyć w celu uzupełnienia podanych przez wykonawcę informacji wstępnych zawartych w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia został podany w instrukcji dla wykonawców/ specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która jest dostępna na stronie internetowej Zamawiającego. Dokumenty na potwierdzenie informacji zawartych w JEDZ należy dostarczyć do dnia rozpoczęcia dialogu tj. do dnia 16 stycznia 2017r. godz. 12.00. Zamawiający prowadził dialog z wykonawcami w 4 turach w okresie od stycznia do grudnia 2017r.

Pismem z dnia 3 stycznia 2018r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o zakończeniu dialogu i zaproszenie do złożenia oferty, wyznaczając termin składania ofert na 2 lutego 2018 r. godz. 12.00.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp jako wniesione z uchybieniem terminu do jego złożenia.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Dialog konkurencyjny jest postępowaniem dwuetapowym, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego termin na wniesienie odwołania na zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie przez niego warunków podmiotowych określonych w ogłoszeniu o zamówieniu należy liczyć od daty poinformowania przez Zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W rozpatrywanym stanie faktycznym czynność ta miała miejsce dnia 29 grudnia 2016r., kiedy to Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wraz z listą wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu postępowania, jakim jest dialog. Odwołujący potwierdził w toku posiedzenia przed Izłą, że w dniu 29 grudnia 2016r. otrzymał od Zamawiającego informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaproszeniu do dialogu, zawierającą stwierdzenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum GPEC. Zatem tego dnia Odwołujący powziął informację o zakończeniu weryfikacji podmiotowej wykonawców, zaproszeniu konsorcjum GPEC do dalszego etapu postępowania. Wskazać należy, że w procedurze dwustopniowej, jaką jest dialog konkurencyjny zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniach powyżej progów określonych w art. 11 ust. 8 Pzp w oparciu o oświadczenia wykonawców zawarte w dokumentach JEDZ. Okoliczność, iż Zamawiający w terminie późniejszym tj. w zaproszeniu do dialogu żądał od wykonawców złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie zmienia oceny prawnej dokonanej przez Izłą, bowiem informacje dotyczące potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, będące podstawą aktualnie podnoszonych w odwołaniu zarzutów Odwołujący mógł powziąć z treści oświadczenia JEDZ, złożonego przez konsorcjum GPEC. W oświadczeniu tym konsorcjum wskazało na zakres i wartość doświadczenia potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Okoliczności sprawy wskazują, że Odwołujący nie tylko mógł powziąć ale faktycznie w dniu 26 stycznia 2017r. powziął wątpliwości co do spełniania przez konsorcjum GPEC warunków udziału w postępowaniu bezpośrednio po uzyskaniu wglądu w dokumentację złożoną przez GPEC, w efekcie czego skierował do Zamawiającego pismo sygnalizacyjne. Wiedzę o pozostałych okolicznościach faktycznych, będących podstawą pozostałych zarzutów odwołania, Odwołujący mógł powziąć przed pierwszą z czterech tur dialogu tj. na początku 2017r., do których było zapraszane także konsorcjum GPEC.

Terminy wyznaczone ustawą na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter zawity i nie podlegają przywróceniu. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów i stanowi przeszkodę do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp a także w oparciu o 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 ze zm.), zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego w wysokości 4 200 zł

Przewodniczący:

.....

.....