

Sygn. akt: KIO 2657 / 17

POSTANOWIENIE

z dnia 28 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Danuta Dziubińska**

Protokolant: **Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 28 grudnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **Eltel Networks Energetyka S.A. z siedzibą w Gutkowie, Gutkowo 81d, 11-041 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornie, ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna**

przy udziale wykonawcy **ENERGO-SYSTEM S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Energetyczna 1, 35-107 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Eltel Networks Energetyka S.A. z siedzibą w Gutkowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Kompleksowe usługi transformatorowe. Postępowanie zostało podzielone na dwie części (dalej: „Pakiety”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lipca 2017 r. numer 20017/S 129-264897.

W dniu 15 grudnia 2017 r. wykonawca Eltel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Gutkowie (dalej: „Odwołujący”) wyniósł odwołanie w zakresie Pakietu II wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez ENERGO-SYSTEM S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy ENERGO-SYSTEM S.A. z postępowania za podanie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w zakresie posiadanego przez ENERGO-SYSTEM SA doświadczenia w wykonaniu określonych w rozdziale VI pkt 7.2a) iii części I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) badań i dysponowania zespołem specjalistów, zgodnie z rozdziałem VI pkt 7.2b) części I SIWZ, co ENERGO-SYSTEM S.A. wskazywała we wniosku i ofercie, złożonych w postępowaniu. Informacja ta jako potwierdzająca spełnienie wymagań określonych w SIWZ miała wpływ na decyzję wyboru oferty najkorzystniejszej, co nastąpiło pomimo faktycznego niedysponowania określonym doświadczeniem i zespołem osób przez ENERGO-SYSTEM SA, przy czym brak jest możliwości wezwania do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z powodu podania nieprawdziwych informacji;
- 2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 22d ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w rezultacie niewykluczenie ENERGO-SYSTEM S.A. z postępowania i brak uznania, iż

zaangażowanie personelu ENERGO-SYSTEM S.A. w prace związane z realizacją czynności w ramach jednego z dwóch pakietów czynią niemożliwym zaangażowanie tożsamego personelu w realizację prac związanych z drugim pakietem, z uwagi na zakres prac oraz znaczne oddalenie od siebie obszarów, na których w tym samym okresie mają być świadczone prace oraz uznanie, że osoby te dysponują odpowiednim doświadczeniem, zgodnym z SIWZ, podczas gdy zgodnie ze złożonymi dokumentami i wyjaśnieniami ENERGO-SYSTEM S.A. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ;

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie ENERGO - SYSTEM S.A. pomimo niedopełnienia zobowiązań wskazanych w rozdziale VI pkt 8.7. części I SIWZ, tj. niezłożenia kompletu dokumentów, wskazanych w rozdziale VI pkt 8.2-8.6. w zakresie podmiotu, na którego wiedzy i doświadczeniu ENERGO-SYSTEM S.A. zamierza polegać w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. EthosEnergy Poland S.A., co świadczy o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty ENERGO-SYSTEM S.A. jako najkorzystniejszej, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, ponieważ oferta ENERGO-SYSTEM S.A. podlegała odrzuceniu, co potwierdza również naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, iż odrzucenie oferty złożonej przez ENERGO-SYSTEM S.A. powinno nastąpić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wobec nie spełnienia kryteriów określonych w SIWZ, przy czym Odwołujący wskazał to w kontekście argumentacji przedstawianej na potwierdzenie zarzutów dotyczących istnienia podstaw wykluczenia z postępowania, nie powołując się na dokonanie wyboru oferty na podstawie innych kryteriów oceny ofert niż wymienione w SIWZ.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Pakiecie II,
- 3) ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem spełnienia przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do Pakietu II, oraz na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp wykluczenie ENERGO-SYSTEM S.A. z siedzibą w Rzeszowie z postępowania,
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Pakiecie II,
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu istnienia interesu prawnego Odwołujący podniósł, iż jego oferta jest zgodna z SIWZ oraz jest drugim w kolejności Wykonawcą po ENERGO-SYSTEM S.A., który złożył najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego, w zakresie Pakietu II. Zdaniem Odwołującego wobec tego, iż oferta ENERGO-SYSTEM S.A. podlega odrzuceniu, jako oferta niezgodna z SIWZ, oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą, skutkiem czego Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie i osiągnąć zysk.

Odwołujący podał, iż czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana przez Zamawiającego w dniu 5 grudnia 2017 r. i w tym samym dniu informacja ta została przekazana do publicznej wiadomości poprzez jej publikację na stronie internetowej Zamawiającego oraz przesłanie jej drogą elektroniczną na adres Odwołującego. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w 15 grudnia 2017 r.

Pismem z dnia 18 grudnia 2017 r., z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, swoje przestąpienie do postępowania po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ENERGO-SYSTEM S.A. (dalej: „Przystępujący”).

Izba ustaliła, co następuje:

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływał w dniu 7 sierpnia 2017 r. W dniu 15 września 2017 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaś w dniu 28 września 2017 r. Zamawiający skierował do wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu zaproszenia do składania ofert. Oferty zostały złożone przez wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu. W dniu 5 grudnia 2017 r. Zamawiający przesłał, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Pakietu II.

Zarzuty odwołania dotyczą braku wykluczenia Przystępującego z postępowania. Wprawdzie Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania wskazuje art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako podstawę odrzucenia oferty Przystępującego, to jednak w rzeczywistości wiąże ją z podstawami wykluczenia z postępowania, co potwierdził przebieg posiedzenia w przedmiotowej sprawie z udziałem stron, a nie z oceną przedmiotową oferty według kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ tj. cena, transport, roboczogodzina, wskaźnik zakupów.

W Rozdziale VI „*Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia*” w pkt 7 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzuca

Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego z uwagi na brak spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie doświadczenia w wykonaniu badań określonych w pkt 7.2 a) iii Części I SIWZ oraz w zakresie dysponowania wymaganym w pkt 7.2 b) zespołem specjalistów, jak również z uwagi na brak uznania, iż zaangażowanie tego samego personelu w obydwu Pakietach, jest niedopuszczalne, a także z uwagi na niezłożenie przez Przystępującego kompletu dokumentów, o których mowa w Rozdziale VI pkt 8.7. Części I SIWZ, dotyczących podmiotu, na którego wiedzy i doświadczeniu polega.

Zamawiający wymagał, aby dokumenty służące potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostały złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (Rozdział VI pkt. 8 SIWZ). Przystępujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m.in. w Pakiecie II. Wraz z wnioskiem zostały złożone przez Przystępującego wymagane w SIWZ wykazy i dokumenty, o których mowa w odwołaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Stosownie do art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy 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.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Oznacza to, iż stosownie do art. 47 ustawy Pzp wykonawcy w pierwszej kolejności składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a w dalszej kolejności składają oferty, przy czym oferty są składane na zaproszenie, wystosowane przez zamawiającego do wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu (art. 51 ust. 1 ustawy Pzp). Stosownie do art. 51 ust. 1a ustawy Pzp o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach ich spełnienia zamawiający jest obowiązany niezwłocznie poinformować wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, czynnością Zamawiającego, od podjęcia której, w przedmiotowej sprawie należy liczyć termin na wniesienie odwołania, jest zawiadomienie o ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które zostało przekazane przez Zamawiającego

Odwołującemu w dniu 15 września 2017 r. W dacie otrzymania takiej informacji, Odwołujący pozyskał wiedzę, która umożliwiła mu skorzystanie ze środków ochrony prawnej stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem mógł wnieść odwołanie z powołaniem się na zarzuty, jakie zgłosił dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, a które w związku z tym należy uznać za zgłoszone z uchybieniem ustawowego terminu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 z późn. zm.).

Postanowienie zostało wydane na posiedzeniu z udziałem stron, na podstawie art. 189 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp.

Przewodniczący: