

POSTANOWIENIE

z dnia 12 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **12 września 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 sierpnia 2016 r.

przez wykonawcę: **Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa bloku energetycznego opalanego gazem koksowniczym w Koksowni Radlin* (nr postępowania P/1/2016)

prowadzonym przez zamawiającego: **JSW Koks S.A. z siedzibą w Zabrze**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu, ŠKODA PRAHA a.s. z siedzibą w Pradze (Czechy), ŠKODA PRAHA Invest s.r.o. z siedzibą w Pradze (Czechy) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia**
- B. MOLEWSKI sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, Europejski Holding Energetyczny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TERMOLEKTRO-UKRAINA sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie (Ukraina) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Sygn. akt KIO 1606/16

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – JSW Koks S.A. z siedzibą w Zabrze – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na roboty budowlane dostawy pn. *Budowa bloku energetycznego opalanego gazem koksowniczym w Koksowni Radlin* (nr postępowania P/1/2016. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 stycznia 2016 r. nr 2016/S_009-010892, w tym samym dniu Zamawiając zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.jswkoks.pl}. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

17 sierpnia 2016 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu – Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „Control Process”} – zawiadomienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

26 sierpnia 2016 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania wykluczenia z postępowania: po pierwsze – RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu, ŠKODA PRAHA a.s. z siedzibą w Pradze (Czechy), ŠKODA PRAHA Invest s.r.o. z siedzibą w Pradze (Czechy) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Rafako”}, po drugie – MOLEWSKI sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, Europejski Holding Energetyczny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TERMOLEKTRO-UKRAINA sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie (Ukraina) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Molewski”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Molewski, mimo niespełnienia warunków udziału dotyczących posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Rafako, mimo niespełnienia warunków udziału dotyczących posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań} :

1. Unieważnienia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, przyznania ocen spełniania tych warunków oraz zaproszenia wykonawców do składania ofert.
2. Wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Molewski.
3. Wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Rafako.
4. Powtórzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przyznania ocen spełniania tych warunków.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności podnosząc następujące okoliczności prawne i faktyczne jako uzasadniające wniesienie odwołania.\

{okoliczność wspólna dla obu zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający wymagał celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia złożenia przez wykonawców wykazu robót wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, obejmujący co najmniej dwie roboty budowlane zrealizowane w ramach odrębnych umów, gdzie każda z nich obejmowała swym zakresem wykonanie w systemie zaprojektuj i buduj „pod klucz” co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji o mocy cieplnej minimum 100 MWt.

{ad pkt 1listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że 14 kwietnia 2016 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Molewski do uzupełnienia wykazu robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zostały one wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończone, z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi Konsorcjum Molewski 21 kwietnia 2016 r. złożyło nowy wykaz robót budowlanych wraz z dowodami.

Odwołujący zarzucił, że żadna z dwóch pozycji nie spełnia powyższego warunku.

Odnosnie robót budowlanych polegających na wykonaniu w systemie zaprojektuj i buduj „pod klucz” jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji o mocy cieplnej 124 MWt w m. Perm na terenie „Permskaja TEC-6” Odwołujący podniósł następujące okoliczności:

Termoelektro-Ukraina sp. z o.o. występowała w ramach tej inwestycji jako podwykonawca, w związku z czym nie mogła wykonywać całości prac objętych inwestycją, co potwierdzają następujące okoliczności:

- podana wartość 960.000.000 RUB, podczas gdy wartość całego projektu w systemie zaprojektuj i wybuduj „pod klucz” wyniosła 8.793.000.000 RUB;
- porównanie terminu realizacji inwestycji wskazanego w wykazie oraz terminu, w którym prace były wykonywane przez generalnego wykonawcę.

Roboty budowlane polegające na wykonaniu w systemie zaprojektuj i buduj „pod klucz” jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji o mocy cieplnej 124 MWt w m. Perm na terenie „Permskaja TEC-6” nie stanowiły przedmiotu jednej umowy, jak wymagał tego Zamawiający. Inwestycja ta obejmowała zaprojektowanie i wykonanie bloku energetycznego (od strony konstrukcyjno-montażowej) w ramach umowy z firmą SOJUZ Korporacja Energo-Budowlana (generalny wykonawca) oraz dostawę podstawowych urządzeń wytwórczych (turbin) w ramach innej umowy z inną firmą (dostawcą). W związku z czym nie ma możliwości wykazywania zadania budowy bloku energetycznego przez generalnego wykonawcę jako inwestycji w systemie zaprojektuj i wybuduj „pod klucz”, gdyż zakres wykonanych przez niego prac nie stanowi funkcjonalnego bloku energetycznego (brak w nim urządzeń wytwórczych).

Odnosnie robót budowlanych polegających na wykonaniu w systemie zaprojektuj i buduj „pod klucz” jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji o mocy cieplnej 200 MWt w m. Kurachowo, Odwołujący podniósł następujące okoliczności:

Inwestycja nie może być klasyfikowana jako wykonana w systemie zaprojektuj i wybuduj „pod klucz”, gdyż dotyczyła „Rekonstrukcji bloku energetycznego”. Przy rekonstrukcji nie może być mowy o całkowitym zaprojektowaniu i wykonaniu bloku energetycznego, ponieważ wykonawca rekonstruując dokonuje przywrócenia wcześniejszego stanu rzeczy i ewentualnie modernizacji. Na ograniczony zakres faktycznie wykonanych prac wskazuje również jedynie 13-miesięczny okres realizacji wskazanego zamówienia, w którym to niemożliwe jest wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj „pod klucz” bloku energetycznego.

Termoelektro-Ukraina sp. z o.o. wskazała w wykazie robót, że odbiorcą (inwestorem) była DTEK Wostokenergo sp. z o.o., a w referencji wskazano, że wykonywała prace bezpośrednio na zlecenie inwestora. Tym samym to inwestor DTEK Wostokenergo jest podmiotem, który jest do wystawienia referencji. Tymczasem dokument referencji przedłożony wraz z uzupełnionym wykazem został wydany przez „ELEKTRONALADKA” sp. z o.o. Tym samym Konsorcjum Molewski nie wykazało, że wskazana inwestycja została

Sygn. akt KIO 1606/16

wykonana w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończona.

Odwołujący podsumował, że mając na uwadze powyższe oraz fakt uzupełnienia wykazu, nie znajdzie zastosowania art. 26 ust. 3 pzp, a Konsorcjum Molewski powinno podlegać wykluczeniu.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że 14 kwietnia 2016 r. Zamawiający wezwał skierował do Konsorcjum Rafako do uzupełnienia wykazu robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że roboty wykonane zostały w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończone z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi Konsorcjum Rafako 28 kwietnia 2016 r. złożyło nowy wykaz robót budowlanych wraz z dowodami. Za spełniające warunek udziału w postępowaniu Zamawiający uznał jedynie inwestycje wskazane w poz. 3 i 4 wykazu robót.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający jasno określił w treści ogłoszenia o zamówieniu, że należy wykazać się dwiema robotami budowlanymi zrealizowanymi w ramach odrębnych umów. Tymczasem w poszczególnych pozycjach wykazu robót wykazano jedynie dwa różne etapy tej samej inwestycji z rozróżnieniem jedynie na poszczególne bloki (21, 22, 23 oraz 24), co jest sprzeczne z określeniem warunku udziału. Roboty budowlane uznane przez Zamawiającego (poz. 3 i 4) dotyczyły jednej umowy, na co wskazuje zresztą sama nazwa „Kompleksowa budowa Elektrowni Tusimice II, II etap”.

Odwołujący podsumował, że mając na uwadze powyższe oraz fakt uzupełnienia wykazu, nie znajdzie zastosowania art. 26 ust. 3 pzp, a Konsorcjum Rafako powinno podlegać wykluczeniu.

Pismem z 1 września 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 29 sierpnia 2016 r. przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu.

30 sierpnia 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu zgłoszenie przez Konsorcjum Rafako przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

31 sierpnia 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło w formie pisemnej elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego

Sygn. akt KIO 1606/16

certyfikatu zgłoszenie przez Konsorcjum Molewski przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Powyższe przystąpienia zostały zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii Stronom oraz nie zgłoszono co do nich opozycji.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

12 września 2016 r. na posiedzeniu:

- w imieniu Przystępującego Konsorcjum Molewski nikt się nie stawił, pomimo otrzymania zawiadomienia o terminie posiedzenia;
- Zamawiający wpierw złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości;
- Odwołujący złożył pismo procesowe wraz z załączonymi dowodami;
- po zapoznaniu się z powyższym pismem Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości;
- Konsorcjum Rafako oświadczyło, że nie zgłasza co do tego sprzeciwu.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający ostatecznie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Jednocześnie jedno z Konsorcjów przystępujących po jego stronie wprost oświadczyło, że się temu nie sprzeciwia.

W odniesieniu do drugiego Konsorcjum, które przystąpiło po stronie Zamawiającego, Izba uznała, że jego niestawiennictwo na posiedzeniu należy uznać za równoznaczne

z brakiem zgłoszenia sprzeciwu.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2010 r. poz. 964 ze zm.) niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Przy czym § 3 rozporządzenia stanowi, że przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych. W związku z tym należało uznać, że wyznaczone do rozpoznania sprawy posiedzenie z udziałem stron stanowi fazę postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Następuje ona już po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron, o czym mowa w § 13 ust. 1 i 2 przywołanego rozporządzenia. Wobec tego po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę, co do zasady, będzie ono rozpatrzone na tak wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie, na którym rozpatrzone zostaną również ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania ma miejsce na wyznaczonym terminie posiedzenia lub rozprawy. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, najpóźniej na tym posiedzeniu przystępujący może i powinien zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo przystępującego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Za słusznością powyższego rozumowania przemawia dodatkowo wyrażona w ustawie Prawo zamówień publicznych (w art. 189 ust. 1) zasada szybkości i efektywności tego postępowania, gdyż rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą powinno nastąpić w ciągu 15 dni. Temu celowi służą także przewidziane w ustawie pzp oraz przywołanym rozporządzeniu wykonawczym instrumenty zmierzające do koncentracji postępowania odwoławczego, w szczególności poprzedzające rozpatrzenie odwołania posiedzenie niejawne dla dokonania czynności formalnoprawnych i sprawdzających,

Sygn. akt KIO 1606/16

na którym można dokonać odpowiednich zawiadomień i wezwań stron i uczestników postępowania. W szczególności przewidziany w § 13 ust. 2 pkt 3 tego rozporządzenia 3-dniowy termin na wyrażenie przez przystępującego po stronie zamawiającego sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania znajduje zastosowanie jedynie na etapie postępowania odwoławczego przed wyznaczeniem posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Tym samym Izba podzieliła w powyższym zakresie stanowisko wyrażone uprzednio w zbliżonych stanach faktycznych w orzecznictwie Izby między innymi w postanowieniach wydanych: 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt 1575/10), 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14) czy 26 sierpnia 2016 r. (sygn. akt: KIO 1515/16, KIO 1519/16).

Następnie Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej przypomnieć należy, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu unieważnić, powtórzyć i wykonać czynności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniach, a Przystępujący po jego stronie nie wnieśli wobec tych czynności sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w obu sprawach na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępujących.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołań nastąpiło przed otwarciem rozprawy, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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: