

Sygn. akt: KIO 1819/10

WYROK
z dnia 7 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 sierpnia 2010 r. przez **Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, 60-001 Poznań, ul. Wykopy 2/4** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., 97-400 Bełchatów, ul. 1-go Maja 63,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.**
2. **kosztami postępowania obciąża PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., 97-400 Bełchatów, ul. 1-go Maja 63 i nakazuje:**
 - 1) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, 60-001 Poznań, ul. Wykopy 2/4 tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) **dokonać wpłaty przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., 97-400 Bełchatów, ul. 1-go Maja 63 na rzecz Badawczo-Rozwojowej Spółdzielni**

**Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, 60-001
Poznań, ul. Wykopy 2/4 kwoty 19 340 zł 39 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta czterdzieści złotych trzydzieści dziewięć groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, zastępstwa prawnego oraz przejazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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**.

Skład orzekający Izby:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. (do 1 września 2010 r. PGE Elektrownia Turów S.A.) – prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na *Wymianę systemu automatyki i sterowania Stacji Uzdatniania Wody*.

W dniu 23 sierpnia 2010 r. wykonawca – Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” – wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 3 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, decyzja Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, była nieuprawniona. Odwołujący podniósł, iż w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Zamawiający wskazał jedynie, że *Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, określonego w ogłoszeniu w pkt III.2.3, tj. w załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazie Wykonawca nie wykazał co najmniej jednego zamówienia, którego zakres obejmował zaprojektowanie, dostawę urządzeń, montaż i uruchomienie systemu automatyki i sterowania w przemyśle energetycznym lub chemicznym*. Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie to nie jest wystarczająco jasne, zrozumiałe i wyczerpujące, nie pozwala bowiem stwierdzić, z jakich przyczyn Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumenty, o których mowa w pkt III.2.3 ogłoszenia (tj. wykaz zrealizowanych zamówień i referencje), a z dokumentów tych wynika, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonał trzy zamówienia, których zakres obejmował zaprojektowanie, dostawę urządzeń, montaż i uruchomienie systemu automatyki i sterowania w przemyśle energetycznym, każde o wartości znacząco przewyższającej wymaganą przez Zamawiającego kwotę 500.000,00 zł brutto, i że wykonał je należycie. Ponadto Odwołujący wskazał, że w wykazie zamieścił informacje – zgodnie z wzorem tabeli – dotyczące przedmiotu poszczególnych zamówień, których szczegółowy zakres wynika z treści załączonych referencji. Złożone dokumenty nie

powinny – zdaniem Odwołującego – budzić jakichkolwiek wątpliwości co do spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł ponadto, że gdyby Zamawiający uznał złożone dokumenty za niewystarczające, obowiązany był – zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wezwać Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów, natomiast gdyby powziął jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie treści tych dokumentów, miał obowiązek wezwać Odwołującego – na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień, czego jednak nie uczynił.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania
- nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, ponownej oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku Odwołującego oraz dopuszczenie Odwołującego do udziału w postępowaniu,
- ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- obciążenie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu – wykonawcy mieli obowiązek przedłożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz zrealizowanych (w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków) dostaw i usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom i usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykaz obejmujący wykonanie co najmniej jednego zamówienia, którego zakres obejmował zaprojektowanie, dostawę urządzeń, montaż i uruchomienie systemu automatyki i sterowania w przemyśle energetycznym lub chemicznym o wartości co najmniej 500.000 zł brutto. Do wykazu należało załączyć dokumenty jednoznacznie potwierdzające, że dostawy i usługi wyszczególnione w wykazie zostały wykonane należycie (np. referencje, protokoły odbioru).

Zgodnie z punktem VI.3 ogłoszenia o zamówieniu, do składania ofert zostanie dopuszczonych pięciu wykonawców. Jeśli liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert pięciu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, przyznane na podstawie wykazu zrealizowanych dostaw i usług na

wymianę systemu automatyki i sterowania w przemyśle energetycznym lub chemicznym. W pierwszej kolejności punktowana będzie liczba i wartość zrealizowanych zamówień na wymianę systemu automatyki i sterowania dla stacji uzdatniania wody w przemyśle energetycznym i chemicznym wymienionych w wykazie, następnie liczba i wartość zrealizowanych pozostałych zadań związanych z wymianą systemu automatyki i sterowania na innych obiektach w przemyśle energetycznym i chemicznym.

Odwołujący złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu *Wykaz prac zrealizowanych w okresie trzech lat odpowiadających przedmiotowi zamówienia*, zawierający trzy zamówienia:

1. System sterowania i automatyki stacji energetycznych o wartości 1.935.000 zł netto, zrealizowany w okresie styczeń 2006-grudzień 2008,
2. System nadzoru i sterowania centralną częścią systemu SPO o wartości 1.550.000 zł netto, zrealizowany w okresie wrzesień 2006-grudzień 2009,
3. System sterowania i nadzoru nad stacjami energetycznymi oraz bilansowania energii elektrycznej o wartości 1.200.000 zł netto, zrealizowany w okresie styczeń 2004-październik 2009.

Do wykazu załączone zostały referencje wystawione przez odbiorców dostaw i usług, określające szczegółowy zakres zamówień oraz potwierdzenie ich należytego wykonania.

W dniu 17 sierpnia 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania, stwierdzając, że *przyznał Odwołującemu negatywną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu*. Jako podstawę prawną wykluczenia Zamawiający powołał przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, natomiast w uzasadnieniu faktycznym wskazał, że *Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wiedzy i doświadczenia, określonego w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.2.3 – Zdolność techniczna, tj. w załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazie Wykonawca nie wykazał co najmniej jednego zamówienia, którego zakres obejmował zaprojektowanie, dostawę urządzeń, montaż i uruchomienie systemu automatyki i sterowania w przemyśle energetycznym lub chemicznym*. W uzasadnieniu wykluczenia brak jest informacji, dlaczego przedstawione w wykazie zamówienia nie spełniają – w ocenie Zamawiającego – określonych w ogłoszeniu warunków.

Wg informacji zamieszczonych w notatce Komisji Przetargowej z 29 lipca 2010 r., w wyznaczonym terminie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 22 wykonawców, z których czterech złożyło wnioski kompletne i prawidłowe pod względem formalnym (wśród tych wykonawców nie wymieniono Odwołującego), natomiast wnioski

pozostałych wykonawców *zawierają błędy, są niekompletne lub nie spełniają warunków określonych przez Zamawiającego*. Z Notatki wynika, że Komisja Przetargowa przygotowała projekty pism do Wykonawców, zawierające wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz wezwania do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów w terminie do 8 sierpnia 2010 r. do godz. 10.

Wg protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej, w wyznaczonym terminie uzupełnione dokumenty i wyjaśnienia złożyło 12 wykonawców, a jeden wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego. W dokumentacji przetargowej brak jest dokumentu potwierdzającego wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz informacji, czy wykonawca ten złożył wyjaśnienia lub uzupełnione dokumenty i jak zostały one ocenione. Zamawiający potwierdził na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, że nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów ani złożenia wyjaśnień.

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, przedłożony przez Odwołującego wykaz zrealizowanych zamówień oraz referencje nie potwierdzały spełniania warunku, o którym mowa w punkcie III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu. Treść tych dokumentów nie wskazuje bowiem, że przedmiot zrealizowanych zamówień odpowiadał wymaganiom Zamawiającego, dotyczącym systemów automatyki. Mimo użycia w nazwie jednego z zamówień oraz w referencjach określenia „automatyka”, nie można stwierdzić, że przedmiot tych dostaw i usług dotyczył systemów automatyki. Systemy te – jak podniósł Zamawiający – odnoszą się do układów technologicznych, natomiast wykazane zamówienia – w świetle przedłożonych dokumentów – obejmowały układy elektryczne i dotyczyły systemów sterowania i nadzoru nad stacjami elektroenergetycznymi oraz systemu SPO nadzoru nad rozdzielniami.

Powyższe nie uprawnia jednak do wniosku, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i że zaistniała podstawa wykluczenia z postępowania. Czynność ta mogła nastąpić jedynie po wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a dopiero niepotwierdzenie spełniania warunków po wezwaniu przez Zamawiającego uprawniałoby do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość uzupełnienia dokumentów, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, nie wpływając na przyszłą ocenę punktową wniosku (tj. nie wykazując większej liczby zamówień podlegających punktacji), potwierdzić, że zamówienia wykazane w pierwotnym wykazie spełniają wymagania Zamawiającego. Nawet jeśli

z przedłożonych wraz z wnioskiem dokumentów wynika, że przedmiot zrealizowanych zamówień nie odpowiadał wymaganiom Zamawiającego, nie można wykluczyć, że wykonawca jest w posiadaniu innych niż referencje dokumentów, które zakres tych zamówień określają bardziej precyzyjnie. Wykonawca może również potwierdzić spełnianie warunku innym, nieprzedstawionym wcześniej zamówieniem, nie można bowiem zakładać, że wykonawca nie zrealizował zamówienia, którego z jakichś powodów (np. przez przeoczenie) nie wykazał w pierwotnie złożonym wykazie. Taki zakres uzupełnienia został przewidziany w ustawie i nie spowoduje naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Podkreślić przy tym należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formułuje po stronie Zamawiającego bezwzględny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania, co w analizowanej sytuacji nie miało miejsca.

Należy również jednoznacznie stwierdzić, że przepis art. 26 ust. 3 dotyczy nie tylko sytuacji nieprzedłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem interpretacja Zamawiającego, zawężająca obowiązek wezwania do braku dokumentu lub jego braków formalnych (błędów) była nieprawidłowa, co zostało przez Zamawiającego przyznane w toku rozprawy.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że wezwanie do uzupełnienia było niecelowe ze względu na pozycję, na której zostanie sklasyfikowany wniosek danego wykonawcy. Jak wskazano powyżej, art. 26 ust. 3 nie uzależnia obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów od prawdopodobieństwa uzyskania przez wykonawcę zamówienia. Decyzja o zastosowaniu procedury określonej w powyższym przepisie nie może być podejmowana w oparciu o przewidywaną pozycję w rankingu wniosków. W pierwszej kolejności Zamawiający ma obowiązek ocenić spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a następnie przyznać punkty wykonawcom, którzy te warunki spełniają. Tak jak w przetargu nieograniczonym do uzupełnienia dokumentów wzywa się nie tylko wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, ale wszystkich wykonawców, którzy składając ofertę nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu (choćby ich oferta była mniej korzystna od innych złożonych ofert), tak w przetargu ograniczonym nie można uzależniać wezwania do uzupełnienia od szans na zaproszenie do składania ofert, a tym samym na uzyskanie zamówienia.

Nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, że obowiązek określony w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega modyfikacji w trybach przewidujących wstępną kwalifikację. Powyższy przepis ma charakter ogólny – dotyczy wszystkich trybów postępowania, a w przepisach o przetargu ograniczonym nie przewidziano żadnych wyjątków.

Zamawiający, przyznając się do błędu polegającego na zbyt wąskim zinterpretowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, próbował usprawiedliwić go niecelowością dokonania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Argumentacja ta – w ocenie Izby – nie zasługuje na uwzględnienie. Nie można bowiem sanować niewypełnienia przez Zamawiającego ustawowego obowiązku późniejszym przewidywanym przebiegiem postępowania. Zauważyć również należy, że w czasie podjęcia decyzji o zaniechaniu wezwania Zamawiający nie miał żadnych podstaw twierdzić, że Odwołujący nie ma szans otrzymać zaproszenia do składania ofert. Po otwarciu wniosków jedynie czterech wykonawców spełniało warunki udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie mógł wiedzieć, ilu spośród wezwanych do uzupełnienia wykaże ich spełnianie i zapewni sobie zaproszenie do składania ofert, a tym samym szanse na uzyskanie zamówienia.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów byłoby czynnością fikcyjną, nie zmieniającą faktu, że Odwołujący nie zostanie zaproszony do składania ofert i nie otrzyma zamówienia. Wykonawca ma prawo w sposób przewidziany w ustawie dowieść, że warunki udziału w postępowaniu spełnia. Gdyby na skutek wezwania to wykazał, jego wniosek podlegałby ocenie punktowej, a w odniesieniu do otrzymanej oceny wykonawcom przysługują również środki ochrony prawnej. Nie ma zatem całkowitej pewności, jak ostatecznie ukształtuje się ranking wniosków i którzy wykonawcy zostaną zaproszeni do udziału w postępowaniu.

Izba nie podzieliła również stanowiska Zamawiającego o braku interesu w uzyskaniu zamówienia, warunkującego legitymację do wniesienia odwołania. Nie można pozbawiać wykonawcy korzystania ze środków ochrony prawnej wobec czynności podjętych w pierwszym etapie postępowania tylko dlatego, iż Zamawiający zakłada, że ostatecznie postępowanie nie zakończy się udzieleniem zamówienia temu wykonawcy. W chwili dokonania kwestionowanej czynności wykonawca miał interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego ustawy mogło skutkować poniesieniem szkody poprzez uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie. Wykonawca był więc legitymowany do złożenia odwołania.

W świetle powyższego Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zastosowania procedury określonej w art. 26

ust. 3 ustawy Pzp i dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Oceniając prawidłowość wykluczenia Odwołującego z postępowania należy również wskazać, iż niewłaściwe było nieprzedstawienie przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego tej czynności. Wykonawca ma pełne prawo do otrzymania jasnego i wyczerpującego uzasadnienia decyzji Zamawiającego, zwłaszcza tych, które eliminują wykonawcę z udziału w postępowaniu. Nie zasługuje na uwzględnienie argument podnoszony przez Zamawiającego, że wykonawca – po otrzymaniu informacji o wykluczeniu – nie zwracał się o dodatkowe informacje i wyjaśnienia. To na Zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swojej decyzji w taki sposób, aby Odwołujący miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia.

Izba wyjaśnia ponadto, iż w niniejszym orzeczeniu jako Zamawiającego wskazano podmiot będący Zamawiającym w dacie orzekania, tj. PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., która przejęła z dniem 1 września 2010 r. spółkę PGE Elektrownia Turów S.A. na podstawie art. 492 § 1 pkt 1 Kodeksu spółek handlowych, co wynika z przedłożonego na rozprawie odpisu z KRS oraz niezakwestionowanego przez Odwołującego oświadczenia pełnomocników PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., umocowanych przez osoby uprawnione do reprezentacji tej spółki.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, przyznając na rzecz Odwołującego koszty wpisu od odwołania, dojazdu na rozprawę, wynagrodzenia pełnomocnika (w wysokości 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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) oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Skład orzekający Izby:

.....