

WYROK
z dnia 17 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECM Group Polska S.A., SGS Polska Sp. z o.o., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Energetyczną "Jastrzębie" S.A., ul. Rybnicka 6c, 44-335 Jastrzębie - Zdrój,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne oraz nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Spółkę Energetyczną "Jastrzębie" S.A., ul. Rybnicka 6c, 44-335 Jastrzębie - Zdrój i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECM Group Polska S.A., SGS Polska Sp. z o.o., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Spółki Energetycznej "Jastrzębie" S.A., ul. Rybnicka 6c, 44-335 Jastrzębie - Zdrój** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECM Group Polska S.A., SGS Polska Sp. z o.o., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Spółka Energetyczna Jastrzębie S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w procesie realizacji inwestycji pn. Budowa kogeneracyjnego bloku fluidalnego CFB o mocy zainstalowanej brutto około 75 MWe w EC „Zofiówka” w SEJ S.A. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 września 2013 roku pod poz. 2013/S 179-309857.

W dniu 3 lutego 2014 roku odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego obejmujące: unieważnienie postępowania przetargowego, badanie i ocenę ofert oraz wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie i uznanie, że oferta z ceną najkorzystniejszą przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy oferta odwołującego, który bezpodstawnie został wykluczony z udziału w postępowaniu, nie przewyższa tej kwoty;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez niewłaściwe jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wykluczenia uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, podczas gdy odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i wykazał to w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,
2. uznanie, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,
3. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nastąpiło w wyniku tego, że zamawiający wykluczył odwołującego oraz konsorcjum Tractebel z udziału w postępowaniu i za najkorzystniejszą uznał ofertę Energopomiar Sp. z o.o., której cena przekraczała kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wskazał, że w przypadku przywrócenia jego oferty do udziału w postępowaniu odpada przesłanka unieważnienia postępowania.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, wskazał, że wyniku uzupełnienia wykazu osób dla następujących funkcji: Projektant o specjalności konstrukcyjno-budowlanej (J..... K.....), Projektant o specjalności architektonicznej (J..... K.....), Projektant o specjalności instalacyjnej (D..... S.....), Projektant o specjalności elektrycznej (A..... S.....) i Projektant o specjalności AKPiA (Leszek Foryś), podał czas trwania doświadczenia niezbędny do ustalenia czy osoba ta spełnia wymagania zamawiającego.

W odniesieniu do każdej z wymienionych osób podał następujące doświadczenie: „Od 01.2008 - obecnie: Projekt budowlany 2x850 MW OPOLE, technologia węglowa”. Ponadto w wykazie wskazano dodatkowe doświadczenie, ale już bez wskazywania dat wykonania, gdyż w ocenie Odwołującego już pierwsza pozycja doświadczenia wykazywała spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Podniósł, że przyjmując nawet, iż rozpoczęcie projektowania - przy najbardziej negatywnym stanowisku względem odwołującego - nastąpiło w dniu 31.01.2008r., to wymagany 5-letni okres doświadczenia mijał w dniu 31.01.2013r. Wykaz potwierdzał spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień sporządzenia tj. 22.10.2013r. i jak wskazano w wykazie projektowanie w dalszym ciągu trwało. Tym samym wobec każdej ze wskazanych osób wykazano ponad 5-letnie doświadczenie w projektowaniu w zakresie posiadanych uprawnień. Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie dokonał wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji bezpodstawnie odrzucił jego ofertę.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Do upływu terminu składania ofert oferty złożyło 4 wykonawców, którzy zaoferowali wykonanie zamówienia za następujące ceny:

1. konsorcjum Tractebel Engineering S.A. oraz OTIS IP Sp. z o.o. - 3.297.999 zł,
2. konsorcjum ECM Group Polska S.A. oraz SGS Polska Sp. z o.o - 4.177.080 zł,
3. Zakłady Pomiarowo - Badawcze Energetyki Energopomiar Sp. z o.o. - 9.821.550 zł,
4. ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. - 16.986.300 zł.

Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2013 roku (Sygn. akt KIO 2666/13, KIO 2670/13), Izba uwzględniła odwołania wniesione przez Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska S. A. oraz SGS Polska Sp. z o.o. i nakazała

zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności oceny ofert oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający w dniu 8 stycznia 2014 roku wezwał, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w rozdziale VII pkt 2.3 w zakresie informacji o doświadczeniu specjalistów wskazanych w wykazie, w sposób określony w uzasadnieniu orzeczenia - (...) „poprzez przedstawienie „Wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” zawierającego opis doświadczenia zawodowego poszczególnych osób wymienionych w wykazie: 1. Z..... W..... - inspektor nadzoru budowlanego o specjalności konstrukcyjno – budowlanej, 2. K..... K..... - inspektor nadzoru budowlanego o specjalności architektonicznej, 3. A..... P..... - inspektor nadzoru budowlanego o specjalności instalacyjnej, 4. M..... S..... - inspektor nadzoru budowlanego o specjalności elektrycznej, 5. M..... O..... - inspektor nadzoru budowlanego o specjalności telekomunikacyjnej, 6. J..... K..... - projektant o specjalności konstrukcyjno - budowlanej, 7. J..... K..... - projektant o specjalności architektonicznej, 8. D..... S..... - projektant o specjalności instalacyjnej, 9. A..... S..... - projektant o specjalności elektrycznej, 10 L..... F..... - projektant o specjalności AKPiA.

W dniu 16 stycznia 2014 roku odwołujący złożył uzupełniony wykaz, w którym wskazał na doświadczenie w kolumnie 5 odnośnie projektantów w poszczególnych branżach: „od 01.2008 – obecnie: Projekt budowlany 2X850 MW Opole, technologia węglowa” oraz „Projekt wykonawczy 50MW elektrownia Bielsko Biała obiekt oddany do eksploatacji 08.2013”, „Projekt zabudowy turbozespołu TZ-12, Elektrociepłownia Żerań, Vattenfall, Polska”, „Projekt zabudowy turbozespołów TZ- 9 i TZ -10, Elektrociepłownia Siekierki, Vattenfall, Polska”.

W dniu 23 stycznia 2014 roku zamawiający poinformował o wynikach ponownej oceny ofert i wykluczeniu z udziału w postępowaniu: konsorcjum Tractebel Engineering S.A. oraz OTIS IP Sp. z o.o. oraz konsorcjum ECM Group Polska S.A. i SGS Polska Sp. z o.o. (odwołującego) a także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta Zakładów Pomiarowo - Badawczych Energetyki Energopomiar Sp. z o.o. przewyższa kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu zamawiający podniósł, że w odniesieniu do projektantów: J..... K..... (specjalność konstrukcyjno-budowlana), J..... K..... (specjalność architektoniczna), D..... S..... (specjalność instalacyjna), A..... S..... (specjalność elektryczna), L..... F.....

(specjalność AKPiA) „wykonawca nie wpisując czasu trwania poszczególnych doświadczeń, uniemożliwił zamawiającemu potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę wymogu posiadania co najmniej 5 lat doświadczenia (...)”

W oparciu o treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba ustaliła także, że zgodnie z rozdziałem VII SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków), w celu wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wymagane było wykazanie dysponowania następującymi osobami, posiadającymi określone przez Zamawiającego doświadczenie i kwalifikacje: Kierownik Projektu, Zastępca Kierownika Projektu, Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności konstrukcyjno-budowlanej, Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności instalacyjnej, Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności instalacyjnej elektrycznej, Inspektor nadzoru budowlanego o specjalności telekomunikacyjnej, Projektant o specjalności konstrukcyjno-budowlanej, Projektant o specjalności architektonicznej, Projektant o specjalności instalacyjnej, Projektant o specjalności elektrycznej, Projektant o specjalności AKPiA (Aparatura Kontrolno-Pomiarowa i Automatyki).

Celem potwierdzenia spełniania warunku wykonawcy, zgodnie z rozdziałem VIII SIWZ, zobowiązani byli złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu przedmiotu zamówienia, według załącznika nr 5 do SIWZ wraz z podaniem: funkcji, imienia i nazwiska, wykształcenia, posiadania uprawnień, zakresu i specjalności oraz numeru uprawnień (jeżeli dotyczy), opisu doświadczenia zawodowego w zakresie spełnienia wymagań określonych w sekcji III.2.3 pkt II Ogłoszenia o zamówieniu (SIWZ Rozdział VII pkt 2.2), znajomości języka angielskiego, podstawy dysponowania.

W rozdziale VII pkt 2.2 SIWZ, zamawiający wskazał na następujące wymagania dotyczące osób przewidzianych do wykonywania zamówienia:

„Projektant o specjalności konstrukcyjno-budowlanej: ma aktualne uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno -budowlanej bez ograniczeń, posiada co najmniej 5 lat doświadczenia w projektowaniu w zakresie uprawnień wymienionych powyżej.”

„Projektant o specjalności architektonicznej: ma aktualne uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, posiada co najmniej 5 lat doświadczenia w projektowaniu w zakresie uprawnień wymienionych powyżej.”

„Projektant o specjalności instalacyjnej: ma aktualne uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności sieci, instalacje i urządzenia ciepłne, gazowe, wodociągowe i kanalizacyjne, wentylacji i klimatyzacji bez ograniczeń, - posiada co najmniej 5 lat doświadczenia w projektowaniu w zakresie uprawnień wymienionych powyżej.”

„Projektant o specjalności AKPiA (Aparatura Kontrolno- Pomiarowa i Automatyka): - ma co najmniej 5 letnie doświadczenie w projektowaniu systemów AKPiA w energetyce zawodowej. (...)”

„Ponadto wszystkie osoby wymienione w pkt c) - l) powyżej muszą wykazać się posiadaniem doświadczenia w swoim obszarze kompetencji przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego opalanego paliwem stałym o mocy co najmniej 50 MWe brutto w elektrowni lub elektrociepłowni, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert.”.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Niespornym między stronami jest, że osoby przewidziane do pełnienia funkcji projektantów w specjalnościach: konstrukcyjno- budowlanej, architektonicznej, instalacyjnej, elektrycznej oraz AKPiA winny posiadać co najmniej 5 - letnie doświadczenie w projektowaniu w zakresie przysługujących im uprawnień.

Kwestią sporną między stronami jest ocena czy podane w uzupełnionym wykazie osób doświadczenie projektantów, w którym podano okres realizacji „od 01.2008- obecnie: Projekt budowlany 2x850 MW OPOLE, technologia węglowa” potwierdza spełnienie wymogu co najmniej 5 lat doświadczenia.

W ocenie Izby, odwołujący w sposób nie budzący wątpliwości wykazał, że osoby wskazane do pełnienia funkcji projektantów w poszczególnych branżach: J..... K....., J..... K....., D..... S....., A..... S....., L..... F..... posiadają co najmniej 5 letnie doświadczenie w projektowaniu w zakresie uprawnień określonych w warunku udziału w postępowaniu.

Nie znajduje uzasadnienia stanowisko zamawiającego, który stwierdził w toku rozprawy, że obowiązkiem wykonawców było podanie w wykazie osób precyzyjnie dat realizacji zlecenia w formule data, miesiąc rok. Wymóg ten nie wynika zarówno z regulacji ustawowych jak również z treści postanowień samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak podstaw, aby stwierdzić, że przez określenie okresu realizacji „od 01.2008 - obecnie”

wykonawca „uniemożliwił zamawiającemu potwierdzenie spełniania przez wykonawcę” wymogu co najmniej 5 lat doświadczenia. Izba w pełni podziela stanowisko odwołującego, że nawet gdyby przyjąć, że rozpoczęcie prac projektowych nastąpiło 31.01.2008 roku to wymagany okres 5 - letniego doświadczenia upływał dnia 31.01.2013 roku. Mając na uwadze powyższe oraz to, że termin składania ofert upływał dnia 22.10. 2013 roku należy stanowczo stwierdzić, że wskazani w wykazie osób projektanci posiadają ponad 5 - letnie doświadczenie w projektowaniu.

Na marginesie Izba wskazuje, że jeśli zamawiający miał, jak twierdzi, wątpliwości co do oceny czy podany w ten sposób okres trwania zlecenia potwierdza posiadanie co najmniej 5 - letniego doświadczenia w projektowaniu, mógł w toku oceny ofert, skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 4 i zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia treści złożonego oświadczenia, czego nie uczynił.

W konsekwencji uznania, że niezasadnym jest wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, koniecznym jest również unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z uwagi na to, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Niewątpliwie oferta odwołującego, opiewająca na kwotę 4 177 000 zł. mieści się w przeznaczonych na realizację zamówienia środkach finansowych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono 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. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: