

WYROK

z dnia 6 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2016 r. **przez odwołującego:** INTROL- ENERGO MANTAŻ Sp. z o.o. ul.16 Lipca 12;41-506 Chorzów w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Al. Jana Pawła II 4;44-330 Jastrzębie

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy wybranego i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej;
2. kosztami postępowania obciąża Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Al. Jana Pawła II 4;44-330 Jastrzębie
i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez INTROL- ENERGO MANTAŻ Sp. z o.o. ul.16 Lipca 12;41-506 Chorzów tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Al. Jana Pawła II 4;44-330 Jastrzębie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz INTROL- ENERGO MANTAŻ Sp. z o.o. ul.16 Lipca 12;41-506 Chorzów stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Sygn. akt KIO 1112/16

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 z późniejszymi zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Stan faktyczny i prawny

Na podstawie art. 180 ust. 2 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm, zwanej dalej „PZP”) niniejszym w imieniu Wykonawcy - INTROL - ENERGOMONTAŻ Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, ul. 16 Lipca 12, 41-506 Chorzów, KRS: 0000112159, złożono odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie ogrzewania szybu V na powierzchni JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie” Ruch „Borynia”” nr 27/ZZ/15 od niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, a polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu oferty wykonawcy ConceptPRO sp. z o.o. ul. Rynek Główny 28, 31-010 Kraków, pomimo iż Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona przez Zamawiającego;
2. zaniechaniu wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego się.

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający swoim postępowaniem naruszył następujące przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych:

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie a polegające na przyjęciu, iż Wykonawca - ConceptPRO sp. z o.o. ul. Rynek Główny 28, 31-010 Kraków wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu co doprowadziło do wyboru przez Zamawiającego oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, pomimo iż wykonawca ten nie spełnił warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego;
2. naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, poprzez wezwanie wykonawcy ConceptPRO sp. z o.o. ul. Rynek Główny 28, 31-010 Kraków do przedłożenia wykazu zamówień potwierdzającego spełnianie warunku określonego w pkt IX.B.1) SIWZ wraz z poświadczeniami, że zamówienia te zostały wykonane należycie oraz uznanie, iż przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty potwierdzają przez niego spełnianie ww. warunku, podczas gdy art. 26 ust. 3 Pzp przewiduje obowiązek wezwania wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wymaganych oświadczeń lub dokumentów, których nie złożyli w ofercie, gdy w przedmiotowym postępowaniu takie dokumenty zostały przez wykonawcę złożone w ofercie, nie zawierały błędów, lecz z nich nie wynika spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu

3. naruszenie przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, poprzez uznanie, że załączone do oferty wykonawcy ConceptPRO sp. z o.o. ul. Rynek Główny 28, 31-010 Kraków zobowiązania podmiotów trzecich („ROW- JAS” Elektromechanika sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Górnicze „ROW-JAS” sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, Przedsiębiorstwo Budowlane „Budgór” sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, Zakład Kotlarski „Moremo” J.P.) do udostępnienia wiedzy i doświadczenia potwierdzają dysponowanie tymi zasobami przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia, w sytuacji gdy żaden z tych podmiotów nie został wskazany jako podwykonawca robót i w żaden sposób nie zostały sprecyzowane zasady udostępniania przez te podmioty tych zasobów w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Nadto w przypadku podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwa Budowlane „Budgór” sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku jako rodzaj udostępnianych zasobów wskazano jedynie referencje na wykonanie jednego zamówienia.

4. naruszenie przepisu art. 91 ust.1 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu będące wynikiem w/w naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, tj. braku wykluczenia wykonawcy ConceptPRO sp. z o.o. ul. Rynek Główny 28, 31-010 Kraków z postępowania co spowodowało bezpodstawny wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i zaniechanie wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego się.

5. naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ConceptPRO sp. z o.o. ul. Rynek Główny 28, 31-010 Kraków o udzielenie wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wobec faktu iż cena oferty tego wykonawcy jest niższa o ponad 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert a więc wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - ConceptPRO sp. z o.o. ul. Rynek Główny 28, 31-010 Kraków;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Wykonawcy ConceptPRO sp. z o.o. ul. Rynek Główny 28, 31-010 Kraków oraz odrzucenia na podstawie art. 89 ust, 1 pkt 5 PZP w postępowaniu jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego art.24 ust.2 pkt 4 oraz art.24 ust.4 ustawy Pzp. w związku oceną spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Przede wszystkim w ocenie odwołującego zamawiający nie miał podstaw do wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie nie przedstawionego doświadczenia zawodowego w zakresie budowy kotłowni wymaganej postanowieniami SIWZ. Zamawiający w związku z prowadzonym postępowaniem wymaga szeregu robót w doświadczeniu zawodowym w tym prac projektowych w branżach zbieżnych z przedmiotem zamówienia. Zamawiający dokonał oceny przedstawionych doświadczeń wykonawcy wybranego ujętych w wykazie wykonanych robót budowlanych w tym dokumentacji projektowej. Wykonawca wybrany przedstawił wykaz wykonanych robót w tym dokumentacji projektowej przedstawiając w tym zakresie referencje. Przy czym należy podkreślić, że z żadnej z przedstawionych w wykazie robót czy też prac nie był bezpośrednim wykonawcą. Z powyższej okoliczności wynika, że będzie pełnił funkcję organizatora robót i prac a nie wykonawcy, ponieważ nie wykazał żadnego doświadczenia zawodowego własnego. Do wykazu i referencji przedstawił zobowiązania podmiotów trzecich, które zgodnie z treścią zobowiązań przygotowanych według formularza zamawiającego zobowiązali się do udostępnienia doświadczenia i wiedzy na okres prowadzenia prac i robót budowlanych. Zamawiający wskutek analizy przedstawionego wykazu stwierdził brak robót budowlanych w zakresie kotłowni węglowej. Wykonawca wybrany został wezwany do uzupełnienia wykazu robót i prac o brakujące roboty. Na wskutek wezwania wykonawca wybrany uzupełnił wykaz przedstawiając nowy wykaz, który został uzupełniony o brakującą pozycję ósmą, w której przedstawi budowę kotłowni. Przy czym do tak uzupełnionego wykazu załączył referencję oraz zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia na czas realizacji zamówienia. Należy zaznaczyć, że zobowiązanie podpisały dwie firmy i według formularza opracowanego przez zamawiającego.

Odwołujący co do zasady kwestionuje prawo zamawiającego do wezwania wykonawcy wybranego w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego skoro wykonawca wybrany przedstawiając ofertę wraz z wykazem i załączonymi do niego referencjami oraz w tym przypadku zobowiązaniami podmiotów trzecich pominął element doświadczenia budowy

kołowni to oznacza, że świadomie złożył ofertę bez wymaganego doświadczenia w tym zakresie. Zarówno odwołujący jak i zamawiający byli zgodni co do tego, że wykaz wraz z referencjami i zobowiązaniami podmiotów trzecich nie zawierał wymaganego doświadczenia w zakresie budowy kotłowni. Niemniej zaistniały stan rzeczy obydwie strony w zakresie skutków prawnych oceniały odmiennie. Zdaniem zamawiającego brak wykazania pełnego doświadczenia zawodowego stanowiło podstawę do wezwania do uzupełnienia wykazu, referencji w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. Z kolei odwołujący interpretuje zaistniałą sytuację jako nie odpowiadającą dyspozycji z art.26 ust.3 ustawy tylko jako złożenie niekompletnej oferty w zakresie doświadczenia zawodowego. Jego zdaniem nie można uzupełnić oferty poprzez wezwanie, ponieważ skutkiem tego wezwania naruszono by art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie z art.87 ust.1 ustawy Pzp. niedopuszczalne jest prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Odwołujący odnosząc się do przedstawionego wykazu prac i robót podnosi, że nie ujęto w nim elementu wymaganego w SIWZ co do budowy kotłowni węglowej. W efekcie wezwania wykonawca wybrany złożył ponownie Wykaz robót przy czym zawarł w nim nie jak poprzednio 7 pozycji opisujących doświadczenie tylko osiem pozycji w tym „wykonanie kotłowni składających się z trzech kotłów parowych opalanych miałem węglowym o łącznej mocy 20 MW w tym z dwóch nowych oraz wszystkie instalacje towarzyszące. Odbiorcą tych robót według oświadczenia wykonawcy wybranego w wykazie była spółka „APIS” Sp. z o.o. ul .Kaliska 11;87-860 Chodecz. Powyższa pozycja nr 8 dotyczy warunku: wykonanie budowy lub przebudowy lub modernizacji kotłowni węglowych lub gazowych o mocy grzewczej min.3 MW zgodnie z pkt. IX ppkt b) 1) d) SIWZ. Z kolei odnosząc zaistniałą sytuację do złożonej oferty należy stwierdzić, że wykaz potwierdzający spełnienie warunku opisanego w pkt IX .B.1 SIWZ nie zawiera osiem tylko siedem pozycji wypełnionych. Co prawda w wykazie znajdującym się w ofercie pozycja nr 8 ale nie zawiera żadnych treści a poza tym jest w niej postawiony znak wykreślenia. Co należy interpretować jako brak zamiaru jej wypełnienia a tym bardziej uzupełnienia. Zamawiający z kolei interpretując zaistniałą na rozprawie sytuację stwierdza, że zamieszczenie w Wykazie nr 8 (L.p.) pustej ósmej pozycji wskazuje na to, że są podstawy do zastosowania zaistniałej sytuacji do dyspozycji art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając zaistniałą sporną ocenę stron co do złożonego wykazu robót oraz wezwania do jego uzupełnienia w tej konkretnej sytuacji przychyliła się do interpretacji odwołującego. Izba nie znajduje podstaw po stronie zamawiającego do zastosowania art.26 ust.3 ustawy Pzp. w tym konkretnym przypadku. Z treści przywołanego przepisu wynika, że zamawiający wzywa wykonawców , którzy nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia. W zaistniałej sytuacji wykaz , referencje oraz

zobowiązania zostały złożone. W związku z tym brak podstaw do stwierdzenia, że nie zostały złożone. Również zamawiający nie stwierdził błędów w złożonych dokumentach i w związku z tym nie wezwał do ich uzupełnienia. W związku z tym Izba podziela w tej konkretnej sprawie argumentację odwołującego o braku podstaw do zastosowania art.26 ust.3 ustawy Pzp. Natomiast wykonawca wybrany składając nowy wykaz nie wypełnił kolumny: dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia (w załączeniu) oraz nie podał wymaganego numeru załącznika. Również nie załączył wymaganych załączników do nowego pełnego ponownie złożonego wykazu. Z kolei w piśmie przewodnim do zamawiającego z dnia/ data wpływu 28.04.2016 roku podaje, że przekazuje uzupełniony a nie nowy wykaz w miejsce dotychczasowego wykazu i nie odnosi się do przedłożonego wykazu do oferty oraz załączonych dokumentów do tego wykazu. Natomiast do „uzupełnionego wykazu” przekazuje tylko dokumenty do poz./L.P. „8”.

W konsekwencji zamawiający posiada dwa wykazy przy czym inne dokumenty są w wykazie załączonym do oferty a inne dokumenty załączone są do „uzupełnionego” wykazu. W ocenie Izby w tym konkretnym przypadku wykonawca złożył do oferty wymagane dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art.25 ust.1 ustawy Pzp.(wykaz, referencje, zobowiązania). Poza tym złożone do oferty oświadczenia i dokumenty nie zawierają błędów. W związku z tym w tym konkretnym przypadku nie było podstaw do wzywania wykonawcy wybranego w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. W konsekwencji wykonawca wybrany nie spełnił warunku wiedzy i doświadczenia wymaganej w SIWZ w związku z art.22 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp.

Co do naruszenia art.26 ust.2 b ustawy Pzp. w związku ze złożonymi zobowiązaniami to nie wynika z nich żaden sposób udostępnienia wiedzy i doświadczenia (ROW-JAS Elektromechanika sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo „ROW-JAS” sp. z o.o. w siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, Przedsiębiorstwo Budowlane „Budgór” sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, Zakład Kotlarski Moremo” J.P.). Zobowiązania mają charakter blankietowy wynika z nich tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia bez wskazania na czym będzie polegać przekazanie wiedzy i doświadczenia, zwłaszcza wykonawcy, który w wykazie nie przedstawił żadnych własnych robót i prac. Zgodnie z obowiązującym przepisem art.26 ust.2b wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. W ocenie Izby wykonawca przedstawiając blankietowe zobowiązania podmiotów trzecich nie udowodnił, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do wykonania zamówienia. Powyższe stwierdzenie Izby uwzględnia okoliczność przygotowanych blankietowych zobowiązań dla podmiotów trzecich przez zamawiającego, ponieważ w tym zakresie stosuje się przepis bezwzględnie obowiązujący jakim jest art.26 ust.2b zdanie

drugie i wynikający z niego obowiązek udowodnienia przez wykonawcę udostępnienia. W tym miejscu należy przywołać powszechnie dostępne orzecznictwo Izby w tym przywołane w odwołaniu na okoliczność wymaganych treści zobowiązań, które powinny przedstawiać formy (bezpośredni lub pośredni udział w realizacji zamówienia) i zasady współpracy (doradztwo, konsultacje, nadzór, kontrola, szkolenia, czy udostępnienie know-how) w związku z udostępnieniem wiedzy i doświadczenia. Powyższego wymogu nie spełnia w tym zakresie załączona informacja o podwykonawstwie do oferty, ponieważ udostępnienie zasobów nie musi wiązać się z formą podwykonawstwa. Ponadto udostępnienie wiedzy nie wyklucza innych podwykonawców oprócz udostępniających wiedzę są to odrębne instytucje prawa zamówień publicznych. W tym stanie rzeczy zamawiający nieprawidłowo ocenił przedłożone jemu zobowiązania o udostępnieniu wiedzy przez wykonawcę wybranego. W związku z tym potwierdził się również zarzut naruszenia art. 26 ust.2 b ustawy Pzp.

Natomiast nie potwierdził się zarzut naruszenia art.90 ust.1 ustawy Pzp., ponieważ wszystkie oferty przewyższają wartość zamówienia podanego na otwarciu ofert a na aukcji nie dokonano żadnych postępień. W tym stanie rzeczy korzystanie z formuły średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert jest nieuprawnione.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 i 2) w związku z § 5 ust.2 pkt1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego według przedłożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący: