

Sygn. akt: KIO/UZP 1349/09

WYROK
z dnia 2 listopada 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balcke Dürr Polska Sp. z o.o., 02-981 Warszawa, ul. Augustówka 24, Balcke Dürr GmbH oraz MOSTOSTAL Puławy S.A.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7** protestu z dnia 28 sierpnia 2009r.

przy udziale wykonawcy **Fabryka Kotłów RAFAKO S.A., 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balcke Dürr Polska Sp. z o.o., 02-981 Warszawa, ul. Augustówka 24, Balcke Dürr GmbH oraz MOSTOSTAL Puławy S.A.

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balcke Dürr Polska Sp. z o.o., 02-981 Warszawa, ul. Augustówka 24, Balcke Dürr GmbH oraz MOSTOSTAL Puławy S.A.,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balcke Dürr Polska Sp. z o.o., 02-981 Warszawa, ul. Augustówka 24, Balcke Dürr GmbH oraz MOSTOSTAL Puławy S.A.** na rzecz **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balcke Dürr Polska Sp. z o.o., 02-981 Warszawa, ul. Augustówka 24, Balcke Dürr GmbH oraz MOSTOSTAL Puławy S.A.**

U z a s a d n i e n i e

I. PGE ELEKTROWNIA BEŁCHATÓW S.A., Rogowiec, ul. Energetyczna 7, 97-406 BEŁCHATÓW 5 (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Modernizacja Elektrofiltrów kotła BB-1150 bloków nr 5 i 6 w PGE Elektrownia Bełchatów S.A.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2009/576-109927 z dnia 21.04.2009 r. i Zamawiający zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 21 923 602,69 euro.

W dniu 10.06.2009 r. minął termin składania ofert. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Fabrykę Kotłów RAFAKO S.A.

W dniu 27.08.2009 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (którzy złożyli ofertę drugą w rankingu ofert): Balcke Durr Polska Sp. z o.o., ul. Augustówka 24, 02-981 Warszawa, Balcke Durr GmbH, Ernst - Dietrich Platz 2, 40882, Ratingen, Niemcy oraz MOSTOSTAL Puławy S.A., ul. Budowlanych 5, 24-110 Puławy-Azoty (dalej: Odwołujący) – złożyli protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 8.09.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 9.09.2009 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (co następnie podtrzymał w odwołaniu):

1. Naruszenie art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych poprzez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców;

2. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy RAFAKO S.A.:

1) wykonawca ten nie załączył do oferty zaświadczenia z KRK dla jednego z członków zarządu, a wezwany do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, złożył dokument niepotwierdzający spełniania warunków na dzień otwarcia ofert;

2) wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie wykazał, w sposób zgodny z wymogami z wymogami pkt 10.3.1 części I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców, że posiada odpowiednie doświadczenie, ponieważ ani z wykazu, ani też z dokumentów referencyjnych nie wynika, aby w/w modernizacja elektrofiltrów dotyczyła przynajmniej 50 % elektrod ulotowych i nie mniej niż 50% elektrod zbiorczych. Ponadto z załączonych referencji wynika, że zakresem prac zleconych do wykonania przez RAFAKO S.A. na opisanych inwestycjach zrealizowanych na rzecz Elektroprivreda B I H Elektrownia Tuzla Bośnia i Hercegowina było wyłącznie: dostarczenie dokumentacji projektowej i technicznej, dostawa części mechanicznej, elektrycznej oraz I&C, nadzór i kalibrację systemu analizy przepływu gazów.

3. Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez RAFAKO S.A.;

1) RAFAKO S.A. warunkuje wykonanie umowy stanem technicznym istniejącej konstrukcji wsporczej i fundamentów, bowiem z treści oferty RAFAKO S.A. wynika, iż zobowiązuje się on do wykonania elektrofiltrów na konstrukcji wsporczej i fundamentach (już istniejących) pod warunkiem, że nie utraciły pierwotnych parametrów techniczno -projektowych. Dodatkowo RAFAKO zastrzega, że w swojej decyzji o braku zmiany konstrukcji wsporczych opiera się na wstępnych założeniach. Oznacza to zatem, że wykonawca RAFAKO S.A. warunkuje realizację zamówienia od tego, czy parametry techniczno - projektowe (co

uzależnione będzie od decyzji RAFAKO) pozwolą na wykorzystanie już istniejącej konstrukcji wsporczych i fundamentów.

2) Wykonawca RAFAKO S.A. nie zastosował się do postanowień SIWZ i zaproponował w harmonogramie złożonym wraz z ofertą terminy dłuższe i niezgodne z SIWZ. Ponadto złożony harmonogram zawiera logiczne niespójności.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- dokonania czynności wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez RAFAKO S.A.;
- dokonania czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła w dn. 27.10.2009 r. Fabryka Kotłów RAFAKO S.A. (zwana dalej Przystępującym), która uprzednio, w dn. 3.09.2009 r. przystąpiła do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (zawiadomiona o wniesieniu protestu w dn. 31.08.2009 r.).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Co do braku właściwego zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego jednego z członków Zarządu RAFAKO S.A., Odwołujący wycofał zarzut na rozprawie, dlatego nie był on rozpatrywany.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu (czy też: niespełnienia warunków udziału w postępowaniu), skład orzekający stwierdził, że nie ma podstaw do jego uwzględnienia.

Zamawiający szczegółowo opisał warunek udziału w postępowaniu w pkt 10.3.1 części I SIWZ. Zamawiający żądał „wykonania modernizacji (...)”, i Przystępujący wykazał,

że prace tego rodzaju wykonał (pozycje 1 i 2 wykazu na stronie 54 oferty Przystępującego, potwierdzone referencjami). W wykazie Przystępujący skonkretyzował wykonane przez siebie zamówienia, w sposób umożliwiający ich identyfikację. Trudno oczekiwać, aby wykonawca, składając ofertę, przeniósł do wykazu wszystkie postanowienia opisujące warunki udziału w postępowaniu, zawarte w SIWZ. Ponieważ wymóg Zamawiającego opisany w SIWZ co do zakresu wykonanej modernizacji (przynajmniej 50 % elektrod ulotowych i nie mniej niż 50% elektrod zbiorczych) był stanowczy, wykonawcy nie mieli możliwości przedstawienia w wykazie prac alternatywnych (o innym zakresie). W ocenie składu orzekającego, powyższy zakres warunku, sprecyzowany przez Zamawiającego w SIWZ, został potwierdzony oświadczeniem wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a z treści wymagań sformułowanych w SIWZ, odnośnie samych dokumentów, nie wynikało, aby w zakwestionowanym przez Odwołującego zakresie potwierdzać określony zakres w wykazie czy referencjami. Szczegółowy zakres prac, wymagany przez Zamawiającego, nie musi być potwierdzony referencjami przedkładanymi przez wykonawców (nie są one sporządzane na potrzeby konkretnego postępowania, ale zwykle – z dużym wyprzedzeniem czasowym, po wykonaniu danego zamówienia).

Zamawiający nie sprecyzował, czy żądana przez niego „modernizacja” ma być dostawą, usługą czy robotą budowlaną. Odwołujący poddawał w wątpliwość, czy Przystępujący w ogóle uczestniczył w modernizacji elektrofiltru (skoro – w ocenie Odwołującego - wykonywał tylko pewne dostawy i usługi w związku z modernizacją), jednak w ocenie składu orzekającego potwierdzają to złożone referencje. Ponadto należy zauważyć, że trudno byłoby oddzielić dostawy i usługi związane z modernizacją od samej modernizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza bada zarzuty wyłącznie w granicach określonych w proteście – jak słusznie zauważył Przystępujący w przystąpieniu do odwołania, Odwołujący nie zarzucił naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Gdyby Zamawiający powziął wątpliwości co do kompletności informacji podanych w wykazie, miałby obowiązek je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4, bądź wezwać do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, nie można wykluczyć wykonawcy, uprzednio nie zastosowawszy procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Przystępujący twierdził, że wykonywał prace polegające na modernizacji w zakresie zakwestionowanym przez Odwołującego, co zamierzał poprzeć „wyciągiem z umowy” (złożona na rozprawie jedna strona w języku angielskim), którego to dokumentu nie można było uznać za dowód, zgodnie z § 18 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.).

Jednak skład orzekający nie uznał za konieczne przeprowadzenie postępowania dowodowego w tym zakresie. Gdyby Zamawiający uznał, że w odniesieniu do dokumentów załączonych przez Przystępującego do oferty, mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, należałoby zastosować tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, i wówczas Przystępujący mógłby przedłożyć odpis tejże umowy, w formie przewidzianej przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.).

Wobec powyższego, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych

Odwołujący twierdził, że RAFAKO S.A. warunkuje wykonanie umowy stanem technicznym istniejącej konstrukcji wsporczej i fundamentów, bowiem z treści oferty RAFAKO S.A. wynika, iż zobowiązuje się on do wykonania elektrofiltrów na konstrukcji wsporczej i fundamentach (już istniejących) pod warunkiem, że nie utraciły pierwotnych parametrów techniczno-projektowych.

W ocenie składu orzekającego, taki pogląd Odwołującego, oparty na dokonanej przez niego wykładni językowej pierwszego akapitu na stronie 170 oferty Przystępującego, jest sporą nadinterpretacją.

Izba ustaliła, że Przystępujący na stronie 170 oferty zawarł następującą informację: „W miejsce istniejących elektrofiltrów - dla każdego z bloku - proponujemy zabudowę nowych elektrofiltrów na istniejących konstrukcjach wsporczych. Ze wstępnych obliczeń można stwierdzić, że masy proponowanych elektrofiltrów nie przekroczą masy obecnie eksploatowanych urządzeń, a tym samym nie ulegną zwiększeniu obciążenia na konstrukcje wsporcze i fundamenty, zatem istniejące konstrukcje wsporcze mogą być powtórnie wykorzystane pod warunkiem, że nie utraciły pierwotnych parametrów techniczno - projektowych”.

Z tak sformułowanej konstatacji Przystępującego co do założeń wstępnych nie można wywodzić, że jeżeli okazałoby się, że konstrukcja wsporcza nie nadaje się do powtórnego wykorzystania, Przystępujący przedmiotu zamówienia nie wykona w ogóle. Z opisu zawartego w ofercie Przystępującego wynika, że uważa on możliwość wykorzystania istniejącej konstrukcji wsporczej za wysoce prawdopodobne. Nie warunkuje on wykonania zamówienia możliwością powtórnego wykorzystania konstrukcji wsporczej, ale warunkuje możliwość jej powtórnego wykorzystania okolicznością, iż nie utraciła ona „pierwotnych parametrów techniczno - projektowych”. Trudno oczekiwać, że Przystępujący zawrze w ofercie szczegółowy opis wykonania nowej konstrukcji wsporczej, jeżeli na tym etapie

uważa on to za bardzo mało prawdopodobne. Jednocześnie założenie z góry okoliczności, iż Przystępujący nie oferuje nowej konstrukcji wsparczej, gdy zaistnieje taka konieczność, w ocenie Izby jest niezasadne i wynika z błędnego założenia wynikającego z interpretacji zapisów oferty przez Odwołującego na niekorzyść Przystępującego. Nie może ulegać wątpliwości, że faza projektowania na takim stopniu zaawansowania technicznego należy do zakresu przedmiotu zamówienia i nie może być wymagana na etapie składania ofert; ponadto zależy ona od czynników, które staną się znane dopiero po podpisaniu umowy i rozpoczęciu prac (o czym świadczy chociażby okoliczność, że Zamawiający uszczegółowi harmonogram wykonywania prac w ciągu dwóch miesięcy po podpisaniu umowy – pkt 13.1 str. 30 części 3 SIWZ).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ – w kontekście podnoszonego przez Odwołującego zarzutu, w związku z informacją zawartą na stronie 170 oferty Przystępującego, nie można uznać, że treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący zarzucał również, że RAFAKO S.A. nie zastosował się do postanowień SIWZ i zaproponował w harmonogramie złożonym wraz z ofertą terminy dłuższe i niezgodne z SIWZ. Ponadto według Odwołującego, złożony harmonogram zawiera logiczne niespójności.

Skład orzekający w odniesieniu do harmonogramu wykonania prac, podzielił stanowisko Zamawiającego i Przystępującego.

Zamawiający określił zasadnicze terminy wykonania prac, będących przedmiotem zamówienia w sposób stanowczy w tabeli 1.1 i 1.2 zawartej w SIWZ, terminy zawarte w tych tabelach zostały wprost przeniesione do oferty Przystępującego (w tabelach 1.1. i 1.2 na stronie 128 oferty Przystępującego). Oprócz tabel, Przystępujący, zgodnie z wskazówkami zawartymi w SIWZ, załączył szczegółowy harmonogram rzeczowo-finansowy, w postaci graficznej, który ma być odpowiednikiem załącznika nr 6 do umowy na wykonanie zamówienia (Kontraktu). Strony były zgodne, że taki harmonogram należy załączyć do oferty, jedynie różniły się w interpretacji, na ile jest on stanowczy.

Po pierwsze, skład orzekający powziął wątpliwość, na ile „treść” harmonogramu w formie graficznej - co do którego, z kontekstu postanowień SIWZ można wnosić, że faktycznie jest on projektem załącznika nr 6 do przyszłej umowy - może być oceniana pod kątem zgodności treści oferty z treścią SIWZ – skoro Zamawiający z góry zastrzega, że rzeczywisty harmonogram będzie ustalony dopiero dwa miesiące po podpisaniu umowy. Zamawiający co prawda pisze, że ulegnie on „uszczegółowieniu” (str. 30 części 3 SIWZ), w związku z czym Odwołujący twierdzi, że doprecyzowanie harmonogramu nie może polegać na „uzupełnieniu” pozycji, jednak z takim poglądem nie można się zgodzić,

ponieważ skoro Zamawiający przewiduje ostateczne sformułowanie harmonogramu dopiero po dwóch miesiącach od zawarcia Kontraktu, oznacza to, że będzie on dostosowany do ustaleń poczynionych już w toku realizacji przedmiotu zamówienia, a więc wydaje się, że terminy mogą nie tylko zostać „uzupełnione”, ale i zmienione (lecz terminy ustalone w tabelach 1.1 i 1.2 pozostaną niezmiennie, a w tym zakresie oferta Przystępującego ponad wszelką wątpliwość odpowiada treści SIWZ).

Po drugie, ewentualne logiczne niespójności (co do których istnienia Zamawiający zresztą nie podzielał stanowiska Odwołującego) według składu orzekającego nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (ściśle rzecz biorąc, oferta podlega odrzuceniu jeżeli jest niezgodna z SIWZ, a nie – z logiką). Dlatego Izba nie odniosła się do wskazywanych przez Odwołującego „logicznych niespójności”.

Po trzecie, Strony różniły się co do interpretacji poszczególnych terminów opisanych w harmonogramie w formie graficznej. Terminy, które Odwołujący wskazywał jako niezgodne z treścią SIWZ, Zamawiający i Przystępujący uważali za odpowiadające treści SIWZ – przykładowo, jak stwierdził Zamawiający na rozprawie, „zakończenie montażu nie równa się zakończeniu prac, co zostało przewidziane w tabeli 1.1 i 1.2, co z kolei Przystępujący odzwierciedlił w harmonogramie”, i Izba przychyliła się do takiego stanowiska. Izba podzieliła również pogląd Zamawiającego i Przystępującego, iż wpisanie roku 2012 zamiast roku 2011 jest oczywistą omyłką (odbiór nie może trwać rok).

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Skład orzekający również nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....