

Sygn. akt: KIO 673/12

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Izabela Kuciak
Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **ENERGOINSTAL S.A., 40-203 Katowice, ul. Roździeńskiego 188d** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna, 97-400 Bełchatów, ul. 1 Maja 63**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PBG S.A., PBG ENERGIA Sp. z o.o., GAZ & OIL PROJEKT MANAGEMENT Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, ul. Skórzewska 35 Wysogotowo** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ENERGOINSTAL S.A., 40-203 Katowice, ul. Roździeńskiego 188d** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ENERGOINSTAL S.A., 40-203 Katowice, ul. Roździeńskiego 188d** tytułem wpisu od odwołania.

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 Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. 1 Maja 63; 97-400 Bełchatów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zabudowę turbozespołu upustowo-kondensacyjnego w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrociepłownia Zgierz” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 stycznia 2012 roku pod numerem 2012/S 15-024144.

Zamawiający pismem z dnia 26 marca 2012 roku zaprosił wykonawców do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, wyznaczając termin przeprowadzenia próbnej aukcji na dzień 28 marca 2012 roku, a termin aukcji wyznaczył na dzień 29 marca 2012 roku. Jednocześnie zamawiający, w raz ze wskazanym pismem, przekazał wykonawcom „Podręcznik Uczestnika Systemu Aukcyjnego SWPP” oraz „Regulamin Aukcji”.

Dnia 5 kwietnia 2012 roku wykonawca ENERGOINSTAL S.A., Al. Roździeńskiego 188d, 40-203 Katowice (zwany dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodne z prawem czynności polegające na:

- 1) Ocenie oferty i zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBG S.A., PBG Energia sp. z o.o., GAZ & OIL Project Management sp. z o.o. (konsorcjum PBG),
- 2) Ocenie oferty i zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach,
- 3) Ocenie oferty i zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy Zakład Remontowy Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach,
- 4) Ocenie oferty i zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy Elektromontaż – Północ Bełchatów sp. z o.o. z siedzibą w Rogowcu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż dokonując ww. czynności naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie czynności polegające na nie odrzuceniu ofert ww. wykonawców.

Odwołujący wskazał, że zamawiający dokonując ww. czynności naruszył przepis art. 91c ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez zaproszenie ww. wykonawców do udziału w aukcji, której warunki określone w zaproszeniu zostały sformułowane w ten sposób, iż zamawiający nie przekazywał wykonawcom informacji o otrzymanej punktacji i pozycji składanych ofert, ale oferty inne niż najkorzystniejsze odrzucał, bez poddawania ich ocenie.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności:

- 1) oceny ofert wykonawców: konsorcjum PBG S.A., PBG Energia sp. z o.o., GAZ & OIL Project Management sp. z o.o., Elektrobudowa S.A., Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. oraz Energomontaż-Północ Bełchatów sp. z o.o.,
- 2) zaproszenia ww. wykonawców do aukcji elektronicznej,
- 3) przeprowadzenia aukcji i wyłonienia w jej toku oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych, w związku z obarczeniem postępowania wadą niemożliwą do usunięcia, poprzez przeprowadzenie „wadliwej” aukcji, w toku której wykonawcy ujawnili swoje oferty – co wyłącza zachowanie reguł konkurencji, w toku ewentualnie powtórzonej aukcji elektronicznej,

ewentualnie

- 2) powtórzenia czynności badania ofert złożonych przez konsorcjum PBG S.A., PBG Energia sp. z o.o., GAZ & OIL Project Management sp. z o.o., Elektrobudowa S.A., Zakłady Remontowe Energetyki Katowice SA. oraz Energomontaż-Północ Bełchatów sp. z o.o.
- 3) wszczęcie w stosunku do ofert złożonych przez konsorcjum PBG S.A., PBG Energia sp. z o.o., GAZ & OIL Project Management sp. z o.o., Elektrobudowa S.A., Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. oraz Energomontaż-Północ Bełchatów sp. z o.o. procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie wymogów ustawowych przez podmiot, na którego potencjał wskazani powyżej wykonawcy się powołują.

Ponadto odwołujący wniósł o przyznanie kosztów postępowania na podstawie rachunków przedłożonych do akt.

Uzasadniając odwołujący wskazał, iż wykonawcy: konsorcjum PBG, Elektrobudowa S.A., Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. oraz Energomontaż-Północ Bełchatów sp. z o.o. korzystając z uprawnienia wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego, „przedstawili” tę samą osobę trzecią: EKOL s.r.o. z siedzibą w Brnie (Republika Czeska).

Zdaniem odwołującego wykonawcy przedstawili niemal identyczne dokumenty dotyczące powołanego podmiotu, które jednak nie są dokumentami kompletnymi w świetle wymagań zamawiającego oraz ustawy prawo zamówień publicznych.

W dokumentacji dotyczącej EKOLs.r.o. z siedzibą w Brnie, przedstawionej przez wskazanych wykonawców odwołujący stwierdził następujące istotne braki:

a) Brak dokumentu potwierdzającego, iż osoba trzecia (EKOLs.r.o.) nie jest podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy).

Dla Republiki Czeskiej dokumentem potwierdzającym brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne jest Vypis ze seznamukvalifikovanychdodavatelu [wypis z listy dostawców kwalifikowanych], wydawany przez Ministerstwo Rozwoju. Dokument ten szczególności, punkcie 2, tiret 10, zawiera stwierdzenie, iż podmiot nie figuruje w rejestrze osób posiadających zakaz wykonywania zamówień publicznych (przykładowy dokument tego typu znajduje się w ofercie odwołującego, uzyskany dla podmiotu Siemens s.r.o.).

Wobec istnienia w Republice Czeskiej możliwości uzyskania urzędowego dokumentu potwierdzającego brak zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne - wyłączone jest stosowanie w tym zakresie procedury opisanej powyżej jako „oświadczenie zastępcze” (np. składane przed notariuszem).

b) Brak dokumentów zaświadczających niezaleganie z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne (art. 24 ust. 1 pkt. 3 ustawy).

W Republice Czeskiej (odmiennie niż w Polsce) składki na Ubezpieczenie Społeczne i Zdrowotne uiszczą się do odrębnych instytucji - odpowiednika polskiego ZUS (dla ubezpieczeń społecznych) i odpowiednika polskich Kas Chorych (dla ubezpieczeń zdrowotnych). Kas Chorych jest w Republice Czeskiej dziesięć. Każdy pracodawca odprowadza składki na ubezpieczenie zdrowotne, według wyboru własnych pracowników (niezależnie od ich miejsca zamieszkania pracowników).

Do opisanych w petitum odwołania ofert wykonawców załączone zostało tylko jedno oświadczenie wydane na rzecz EKOL s.r.o., wystawione przez Zdrowotną Ubezpieczalnię Czeskiej Republiki. Wykonawcy nie przedstawili natomiast oświadczeń o niezaleganiu przez EKOL s.r.o. ze składkami na ubezpieczenie zdrowotne z innych ubezpieczalni.

W Republice Czeskiej, zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie zdrowotne do wszystkich ubezpieczalni można uzyskać także w jednym dokumencie.

Opisany powyżej wypis ze seznamukvalifikovanychdodavatelu [wypis z listy dostawców kwalifikowanych] wydawany przez Ministerstwo Rozwoju, w punkcie 2 tiret 7, zawiera zaświadczenie o „niezaleganiu z tytułu ubezpieczeń zdrowotnych i kar z tego tytułu” (przykładowy dokument tego typu znajduje się w ofercie Odwołującego, uzyskany dla podmiotu Siemens s.r.o.).

Odwołujący podniósł również, iż aukcja, do której wykonawcy zostali zaproszeni nie odpowiadała wymogom ustawy prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przedstawionym wykonawcom regulaminem (§ 7), aukcja miała odbywać według reguły, zgodnie z którą oferty były przyjmowane przez system tylko wówczas, gdy były niższe od aktualnie najniższej oferty. Oznaczało to, że wykonawca proponując cenę, otrzymywał od systemu aukcyjnego „informację zwrotną” wyłącznie w zakresie „Przebicia”/”Nieprzebicia” oferty najniższej. Tymczasem, zgodnie z art. 91c ust. 3 Ustawy prawo zamówień publicznych, zamawiający zobowiązany jest na bieżąco przekazywać każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji.

Zdaniem odwołującego, powyższe sformułowanie ustawowe jednoznacznie wskazuje, iż każda oferta wykonawcy (nawet jeśli nie jest najniższa) powinna zostać sklasyfikowana i oceniona. Aukcja, w której system informatyczny (w imieniu zamawiającego) nie dokonuje „na bieżąco” oceny składanych w toku aukcji ofert, ale (gdy nie zostanie przebita oferta najniższa) je odrzuca bez dokonania oceny i klasyfikacji jest niezgodna z ustawą prawo zamówień publicznych.

Zdaniem odwołującego ewentualne powtórzenie akcji elektronicznej w bieżącej konfiguracji wykonawców, nie będzie już postępowaniem, które cechowałoby się uczciwą konkurencją, a co za tym idzie, nie będzie spełniało podstawowego wymogu ustawowego, określonego w art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego - zdaniem odwołującego - Krajowa Izba Odwoławcza winna nakazać zamawiającemu unieważnienie niniejszego postępowania, ponieważ jedynie wszczęcie kolejnego postępowania, sformułowanie nowych ofert oraz obranie innych strategii podczas aukcji pozwoli przeprowadzić niniejsze postępowanie z zachowaniem wymogu „uczciwej konkurencji”.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 5 kwietnia 2012 roku.

Zamawiający, dnia 5 kwietnia 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 10 kwietnia 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego - zgłosił przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PBG S.A., PBG Energia sp. z o.o., GAZ & OIL Project Management sp. z o.o.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem, środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezbędne jest zatem stwierdzenie, po pierwsze, że wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, po drugie, że poniósł lub może ponieść szkodę i po trzecie, że potencjalna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym odwołujący, w pierwszej kolejności, obowiązany był wykazać, iż posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne i jednocześnie, że poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Z orzecznictwa bezspornie wynika, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp, dotyczyć powinien tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tym samym – jak podnosi się także w doktrynie - konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, prowadzonego w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem bierze udział w niniejszym postępowaniu, składając ofertę i wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący biorąc więc udział w postępowaniu potwierdza, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jednakże, rację należy przyznać zamawiającemu, iż przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania poniesienia szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że przez „szkodę” należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje lub dozna wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Wskazanie przez odwołującego, iż sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez 4 wykonawców, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w ocenie Izby, uzasadnia możliwość wystąpienia po stronie odwołującego szkody.

Jakkolwiek uzasadnienie posiadania legitymacji do wniesienia odwołania nie zostało przez odwołującego wywiedzione w sposób rozbudowany, to nie można jednakże zgodzić się z zamawiającym, że odwołujący pominął wykazanie możliwości wystąpienia szkody, a tym samym nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 6 k.c. W ocenie Izby, podane przez odwołującego okoliczności stanowią wystarczającą podstawę do uznania, iż możliwość wystąpienia szkody po stronie odwołującego została wykazana.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż *wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (art. 26 ust. 2b ustawy).*

Ponadto zamawiający postawił żądanie, w którym zobowiązał wykonawców, którzy wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, będą polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, do przedstawienia, w odniesieniu do tych podmiotów, dokumentów wymienionych w punkcie 2 rozdziału VII s.i.w.z.

Wykonawcy, których poprawność ofert kwestionuje odwołujący, załączyli do swoich ofert zobowiązanie innego podmiotu – spółki EKOL s.r.o., ul. Krenova 65; 602 00 Brno, Republika Czeska.

W odniesieniu do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PBG S.A., PBG Energia sp. z o.o., GAZ & OIL Project Management sp. z o.o., zobowiązanie zostało złożone dla spółki GAZ & OIL Project Management sp. z o.o. W przedmiotowym oświadczeniu spółka EKOL zobowiązała się udostępnić firmie GAZ & OIL Project Management sp. z o.o. niezbędne doświadczenia, wiedzy oraz referencji w zakresie inwestycji podobnych do przedmiotu zamówienia na okres prac związanych z postępowaniem przetargowym oraz dalej w przypadku pozyskania zadania.

Z treści przedmiotowego oświadczenia nie wynika, jakoby podmiot udostępniający swoje doświadczenie miał brać udział w realizacji części zamówienia. Powyższe nie wynika również z treści oferty konsorcjum PBG. Tym samym, po stronie konsorcjum PBG, brak było obowiązku do składania dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, opisanych przez zamawiającego w pkt 2 rozdziału VII s.i.w.z., dla spółki EKOL, a co za tym idzie brak jest podstaw prawnych do stawiania, w tym zakresie, zarzutów zamawiającemu.

Analogiczna sytuacja znajduje swoje odzwierciedlenie w dokumentach załączonych do ofert pozostałych wykonawców, kwestionowanych przez odwołującego. Co prawda treść

oświadczenia spółki EKOL, o oddaniu do dyspozycji swojego potencjału różni się treścią od oświadczenia złożonego GAZ & OIL Project Management sp. z o.o., jednakże również z treści tego oświadczenia (tożsamego dla wykonawców Elektrobudowa S.A., Zakłady Remontowe Energetyki Katowice SA. oraz Energomontaż-Północ Bełchatów sp. z o.o.) nie wynika, iż podmiot udostępniający będzie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Z przepisu § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817) wynika, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 (przedmiotowego rozporządzenia).

Jako, że żaden z wykonawców nie oświadczył w ofercie, że podmiot, z którego zasobów korzysta będzie brał udział w realizacji części zamówienia, jak również sam podmiot nie oświadczył tegoż, zarzuty odwołującego należało uznać za bezzasadne z uwagi na brak konieczności składania dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, a co za tym idzie, bezzasadność ich kwestionowania.

Odnośnie zarzutów odwołującego zorientowanych na wadliwość czynności zamawiającego w odniesieniu do przeprowadzonej aukcji elektronicznej, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są spóźnione.

Powyższe stwierdzenie wynika wprost w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których to dokumentach zamawiający jasno i precyzyjnie opisał system aukcyjny wskazując, iż *aukcja jest jednoetapowa (...) i oferty składane przez wykonawców podlegają automatycznej klasyfikacji na podstawie ceny. Aukcja elektroniczna odbywać się będzie według reguły zniżkowej aukcji angielskiej, co oznacza, że każda następną oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie ona niższa od aktualnie najniższej oferty.*

Tym samym odwołujący znając reguły przeprowadzenia aukcji elektronicznej przez zamawiającego już w chwili ogłoszenia o zamówieniu, publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia miał sposobność podważenia prawidłowości postanowień tam zawartych w terminie 10 dni od powzięcia tych informacji. Niedochowanie tego terminu skutkować musi oddaleniem zarzutu, jako postawionego po terminie – zarzut spóźniony.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że żaden z zarzutów stawianych przez odwołującego nie znalazł potwierdzenia w okolicznościach sprawy, tym samym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....