

**Sygn. akt: KIO 1203/12**

**WYROK**  
**z dnia 19 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **8 czerwca 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę Zakład Badawczo-Projektowy INWAT Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Sienkiewicza 101/109, 90-301 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA Oddział Elektrownia Bełchatów z siedzibą w Bełchatowie, ul. Energetyczna 7, 97-406 Bełchatów 5

przy udziale wykonawcy Energopomiar Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, ul. gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice – zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża odwołującego Zakład Badawczo-Projektowy INWAT Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Sienkiewicza 101/109, 90-301 Łódź  
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez wykonawcę Zakład Badawczo-Projektowy INWAT Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Sienkiewicza 101/109, 90-301 Łódź, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 000 zł 00 gr** (słownie: **dwa tysiące złotych zero groszy**) przez odwołującego Zakład Badawczo-Projektowy INWAT Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Sienkiewicza 101/109, 90-301 Łódź na rzecz zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA Oddział Elektrownia Bełchatów z siedzibą w Bełchatowie, ul. Energetyczna 7, 97-406 Bełchatów 5 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) 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:**

.....

Sygn. akt: KIO 1203/12

## Uzasadnienie

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA Oddział Elektrownia Bełchatów z siedzibą w Bełchatowie, ul. Energetyczna 7, 97-406 Bełchatów 5 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pomiary eksploatacyjne i gwarancyjne bloków 7 i 8«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15.03.2012 r. pod nrem 2012/S 52-085371.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 29.05.2012 r. o:

- 1) unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- 2) wykluczeniu wykonawcy Zakład Badawczo-Projektowy INWAT Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Sienkiewicza 101/109, 90-301 Łódź, gdyż nie spełnił on warunku posiadania wiedzy i doświadczenia – art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.

**Wykonawca Zakład Badawczo-Projektowy INWAT Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Sienkiewicza 101/109, 90-301 Łódź**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 8 czerwca 2012 r. do Prezesa KIO odwołanie na wykluczenie odwołującego (równoznacznej z odrzuceniem oferty odwołującego) oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia uznania oferty odwołującego za odrzuconą;
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

### **Argumentacja odwołującego**

29 maja 2012 r. zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz unieważnił postępowanie udzielenie zamówienia w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający zarzucił wykonawcy nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu ze względu na brak wykazania wiedzy i doświadczenia oraz przywołując art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykonawcę wykluczył. Jednocześnie zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy uznał za odrzuconą. W kwestii unieważnienia postępowania, ponieważ wartość oferty z najkorzystniejszą ceną niepodlegającej odrzuceniu wynosi 3 782 250.00 i przekracza cenę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na udzielenie zamówienia (3 444 000,00 zł) – w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający unieważnił postępowanie.

O podjętej decyzji zamawiający poinformował wykonawcę pismem 29 maja 2012 roku (sygn. FZ/FZU/076-412/ZP/2012/6227).

Czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy narusza art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez błędne uznanie, że wykonane przez odwołującego w ciągu trzech lat przed upływem terminu składania ofert pomiary nie spełniają wymogu określonego w rozdz. VI ust. 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia. W konsekwencji czynność zamawiającego narusza art. 24 ust. pkt 4 Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania wobec braku podstaw do wykluczenia i art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy najkorzystniejsza oferta (oferta odwołującego) nie przekracza kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Nadto zamawiający naruszył art. 38 ust. 4 Pzp przez dokonanie zmian w treści specyfikacji po upływie terminu składania ofert. Taką nieuprawnioną zmianę specyfikacji stanowi dodanie w piśmie z 29 maja 2012 r. wymagania, że dla oceny posiadania przez wykonawców odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, niezbędne jest wykazanie wykonania pomiarów odbiorowych zgodnie z instrukcją RIESP. Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał 11 kwietnia 2012 roku o 10:00.

Zamawiający zastosował wykładnię art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp sprzeczną z brzmieniem rozdz. VI ust. 1.2 specyfikacji.

Zgodnie z treścią specyfikacji (rozd. VI ust. 1.2) warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie wiedzy i doświadczenia, przez co zamawiający rozumie wykonanie w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch pomiarów bloków energetycznych o mocy powyżej 200 MW wraz z instalacjami pomocniczymi obejmującymi pomiary gwarancyjne, eksploatacyjne, rozruchowe i odbiorowe. Ocena

spełnienia powyższego warunku powinna być dokonana metodą „spełnia/nie spełnia” na podstawie oświadczeń i dokumentów wymienionych w rozdz. VII specyfikacji. Z treści załączonych dokumentów musi jednoznacznie wynikać, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (rozdz. VI ust. 4).

Sformułowane w rozdz. VI ust. 1.2 specyfikacji kryteria oceny posiadania wiedzy i doświadczenia zostały określone w sposób ogólny i nie odwołują się do szczegółowych instrukcji, które zamawiający przytacza w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Jedynym konkretnie wskazanym elementem jest wymóg przeprowadzenia pomiarów co najmniej dwóch bloków energetycznych. Już wskazanie ich mocy nie precyzuje, czy chodzi o moc łączną dla dwóch lub więcej bloków, czy też każdy z nich powinien mieć moc powyżej 200 MW.

Także rodzaj pomiarów, jakie wykonawca miał wykonać dla wykazania wiedzy doświadczenia, nie został określony w rozdz. VI ust. 1.2 specyfikacji w sposób, jaki zamawiający przedstawia w uzasadnieniu czynności wykluczenia. Przeciwnie – zamawiający ogólnie wskazał w specyfikacji – wykonania jakich pomiarów w ciągu ostatnich trzech lat oczekuje od wykonawcy. Wykonawca w złożonej ofercie, przedstawił wykaz pomiarów trzech bloków o mocy powyżej 200 MW każdy oraz opisał w wyjaśnieniach, złożonych 30 kwietnia 2012 r. (po wezwaniu przez zamawiającego), podstawowe normy, wg których pomiary te były wykonywane.

Wskazanie w uzasadnieniu czynności wykluczenia, że odwołujący nie wykazał wykonania pomiarów zgodnie z instrukcją RIESP stanowi naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp bowiem z treści sformułowania w rozdz. VI ust. 1.2 specyfikacji nie wynika obowiązek wykonania pomiarów zgodnie z instrukcją RIESP. Niewykonanie pomiarów zgodnie z powyższą instrukcją nie może stanowić przesłanki wykluczenia wykonawcy ze względu na brak wykazania wiedzy i doświadczenia, a zamawiający nie może żądać od wykonawcy przedstawienia dowodu spełnienia takiego warunku.

Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 16 września 2011 r., sygn. akt KIO 1892/11, gdzie Izba stwierdza: „Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania z powodu niespełniania przez niego warunku udziału niewyartykułowane go w treści specyfikacji”.

Wskazanie w uzasadnieniu wykluczenia na obowiązek wykonania pomiarów zgodnie z instrukcją RIESP stanowi także naruszenie art. 38 ust. 4 Pzp, ponieważ zamawiający w ten sposób dokonał zmiany treści specyfikacji **po upływie terminu składania ofert**, czego przepis ten nie dopuszcza. Stanowisko takie zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 8 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 674/09.

Również w wyroku z 20 marca 2009 r., sygn. KIO/UZP 274/09 Izba stwierdza: „Niejednoznacznych postanowień specyfikacji nie należy wyjaśniać na niekorzyść wykonawców uczestniczących w postępowaniach, z uwagi chociażby na obowiązkowy zakaz modyfikacji specyfikacji po złożeniu oferty (art. 38 ust. 4 Pzp)”.

Wykluczając odwołującego zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp ponieważ ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Oferta odwołującego zawierała najniższą cenę (2.337.000,00 zł), która była również niższa od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (3.444.000.00 zł).

Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy miało więc istotny wpływ: na wynik postępowania, bowiem w przypadku niewykluczenia odwołującego i nieodrzczenia jego oferty powinna ona zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Nadto odpadła też przesłanka unieważnienia postępowania.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, gdyż w związku ze złożeniem oferty posiada interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 Pzp, a ponadto w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy mógłby ponieść szkodę spowodowaną utratą możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **06.06.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **06.06.2012 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca Energopomiar Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, ul. gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 06.06.2012 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez zamawiającego:**

- 1) (dowód nr 1) pismo PGE GiEK S.A. Lublin-Wrotków z 16 czerwca 2012 r. o zakresie pomiarów wykonanych w Lublinie-Wrotkowie na dowód, że odwołujący dokonał tylko pomiarów eksploatacyjnych, a nie pozostałych zgodnie z koniunkcją wymaganych przez zamawiającego;**

2) (dowód nr 2) protokół odbioru usługi z elektrociepłowni Lublin-Wrotków stanowiący załącznik nr 8c do oferty odwołującego, że są wykonane tylko usługi z zakresu pomiarów eksploatacyjnych;

dowodu złożonego przez przystępującego:

3) (dowód nr 3) definicja pomiaru odbiorowego z nru 10/2010 r. czasopisma „Energetyka Ciepła i Zawodowa”;

oraz dowodu złożonego przez odwołującego:

4) (dowód nr 4) wyciąg z umowy z elektrociepłownią Lublin-Wrotków na dowód, że w treści umowy są przywołane próby odbiorcze, gwarancyjne, odbiorowe oraz pomiary eksploatacyjne, a tytuł umowy brzmi „Wykonanie pomiarów eksploatacyjnych”

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. art. 24 ust. 2 pkt 4 i w konsekwencji art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp – przez wykluczenie odwołującego (a w konsekwencji uznanie oferty odwołującego za odrzuconą) oraz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 specyfikacji warunkował udział w postępowaniu wykazaniem wykonania w terminie co najwyżej 3 lat cyt. „co najmniej 2 pomiarów bloków energetycznych o mocy powyżej 200 MW wraz z instalacjami pomocniczymi obejmującymi pomiary **gwarancyjne, eksploatacyjne, rozruchowe i odbiorowe**”.

Zamawiający zarzucił wykonawcy niespełnienie warunków udziału w postępowaniu ze względu na brak wykazania wiedzy i doświadczenia oraz przywołując art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykonawcę wykluczył. Jednocześnie zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy uznał za odrzuconą. W kwestii unieważnienia postępowania, ponieważ wartość oferty z najkorzystniejszą ceną niepodlegającej odrzuceniu wynosi 3 782 250.00 i przekracza cenę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na udzielenie zamówienia (3 444 000,00 zł) – w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający unieważnił postępowanie. Czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy narusza art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez błędne uznanie, że wykonane przez odwołującego w ciągu trzech lat przed upływem terminu składania ofert pomiary nie spełniają wymogu określonego w rozdz. VI ust. 1.2 specyfikacji. W konsekwencji czynność zamawiającego narusza art. 24 ust. pkt 4 Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania wobec braku podstaw do wykluczenia i art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy najkorzystniejsza oferta (oferta odwołującego) nie przekracza kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Nadto, zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył art. 38 ust. 4 Pzp przez dokonanie zmian w treści specyfikacji po upływie terminu składania ofert. Taką nieuprawnioną zmianę specyfikacji stanowi dodanie w piśmie z 29 maja 2012 r. wymagania, że dla oceny posiadania przez wykonawców odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, niezbędne jest wykazanie wykonania pomiarów odbiorowych zgodnie z instrukcją RIESP. Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał 11 kwietnia 2012 roku o 10:00.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że skoro zamawiający użył w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 specyfikacji odnośnie warunku wiedzy i doświadczenia, żądając wykazania przez wykonawców wykonania w terminie co najwyżej 3 lat cyt. „co najmniej 2 pomiarów bloków energetycznych o mocy powyżej 200 MW wraz z instalacjami pomocniczymi obejmującymi pomiary **gwarancyjne, eksploatacyjne, rozruchowe i odbiorowe**”, to dotyczył ten warunek wykonania jednoczesnego wykonania i późniejszego wykazania wykonania przedmiotowych czterech warunków. Wynika to z zastosowania przez zamawiającego w postanowieniu rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 specyfikacji koniunkcji. Zamawiający zastosował między elementami wyliczenia spójnik „i”, który jest funktorem koniunkcji, oraz przecinki, które zastępują wielokrotne powtarzanie tego samego spójnika. W związku z takim sformułowaniem specyfikacji wykonawca zamierzający wziąć udział w postępowaniu musiał wykazać wykonanie pomiarów obejmujących jednocześnie pomiary **gwarancyjne, eksploatacyjne, rozruchowe i odbiorowe**. Natomiast odwołujący odczytał przytaczaną koniunkcję jako alternatywę nierozłączną, co zdaniem składu orzekającego Izby było bezpodstawne, gdyż do takiego zakwalifikowania przedmiotowego wyliczenia musiałby być zastosowany przez zamawiającego funktor alternatywy nierozłącznej, co w języku polskim najczęściej przez



zastosowanie spójnika „lub” czy przez odpowiednie skonstruowanie zdania. Zdanie to Izba formułuje zgodnie z dziełem Zygmunta Ziemińskiego „Logika praktyczna” (str. 68-76, Warszawa 1984 r. PWN).

Ponadto odwołujący wezwany do wyjaśnień i uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, mimo dosyć długiego terminu dokonania tych wyjaśnień i uzupełnień – nie wykorzystał możliwości właściwego wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów oraz uzupełnienia oferty.

Zamawiający, mimo powoływania się na Instrukcję RIESP, w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego nie dokonał rozszerzenia specyfikacji, a tylko pogłębił swoje uzasadnienie o kwestionowany element – Instrukcję RIESP.

Konsekwencją wykluczenia odwołującego było uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, a także unieważnienie postępowania gdyż cena kolejnej oferty mogącej być wybraną jako najkorzystniejsza przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Takie postępowanie zamawiającego wynika z unormowania art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Skład orzekający Izby wziął pod uwagę złożenie odpowiedzi na odwołanie dopiero tuż przed rozprawą.

**Przewodniczący:**

.....