

WYROK
z dnia 15 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Luiza Łamejko

Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 20 listopada, 3 grudnia, 15 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: F5 Konsulting Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), CMS Cameron McKenna Dariusz Greszta Sp.k., z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 61-897 Poznań, ul. Składowa 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Skarbu Państwa, 00-522 Warszawa, ul. Krucza 36/Wspólna 6** protestu z dnia 12 października 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do udziału w postępowaniu i uznania odwołującego za wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Skarbu Państwa, 00-522 Warszawa, ul. Krucza 36/Wspólna 6

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: F5 Konsulting Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), CMS Cameron McKenna Dariusz Greszta Sp.k., z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 61-897 Poznań, ul. Składowa 5**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Ministerstwo Skarbu Państwa, 00-522 Warszawa, ul. Krucza 36/Wspólna 6** na rzecz **Konsorcjum firm: F5 Konsulting Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), CMS Cameron McKenna Dariusz Greszta Sp.k., z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 61-897 Poznań, ul. Składowa 5**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **Konsorcjum firm: F5 Konsulting Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), CMS Cameron McKenna Dariusz Greszta Sp.k., z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 61-897 Poznań, ul. Składowa 5.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Minister Skarbu Państwa prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług dla Ministra Skarbu Państwa w procesie zbycia pakietu do 85% akcji spółki ENERGA S.A. z siedzibą w Gdańsku, tj. sporządzenie Zamówionych Dział (FAZA I) oraz, jeżeli Zamawiający uzna to za potrzebne, doradztwo na rzecz Zamawiającego w procesie

zbywania akcji Spółki przez Skarb Państwa zwanych dalej "Zleconymi Pracami" (FAZA II).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28.07.2009 pod poz. S142- 208357-2009-PL.

2

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: F5 Konsulting Sp. z o.o. oraz CMS Cameron McKenna Dariusz Greszta Sp.k. złożył w dniu 12 października 2009 roku protest na czynność zamawiającego z dnia 2 października 2009 roku polegającą na błędnej ocenie wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu, w której zamawiający uznał, że jedna z dokonanych przez odwołującego wycen przedsiębiorstw prowadzących działalność w zakresie wytwarzania lub obrotu lub dystrybucji energii elektrycznej nie spełnia wymogów określonych w ogłoszeniu. Działanie zamawiającego doprowadziło do przyznania odwołującemu siedmiu zamiast ośmiu punktów, uznania, że odwołujący uzyskał niewystarczającą ocenę spełniania warunków, co w konsekwencji spowodowało brak zaproszenia odwołującego do złożenia ofert oraz uznania odwołującego za wykonawcę wykluczonego.

Odwołujący wskazał na naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedochowanie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż zamawiający zastosował do oceny dokumentacji inne wymagania niż podane w ogłoszeniu oraz zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień pomimo faktu, że w odniesieniu do innych wykonawców takie wyjaśnienie zastosował;
2. art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez uznanie odwołującego za wykonawcę wykluczonego z postępowania, mimo iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu w stopniu wystarczającym do otrzymania zaproszenia do złożenia oferty;
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez uznanie odwołującego za wykonawcę wykluczonego z postępowania, mimo iż złożone przez niego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu dokumenty nie zawierały błędów lub innych wad uzasadniających ich pominięcie w toku oceny;
4. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp przez postawienie w odniesieniu do dokumentacji złożonej przez odwołującego w toku postępowania wymogów wykraczających poza wymagania określone w treści ogłoszenia;
5. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentacji lub ewentualnie złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonych wraz z wnioskiem dokumentów;
6. art. 51 ust. 2 ustawy Pzp przez odmowę zaproszenia odwołującego do składania ofert i uznanie odwołującego za wykonawcę wykluczonego, pomimo faktu, iż przedłożone przez odwołującego dokumenty dają podstawę do oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu na poziomie uprawniającym zaproszenia do złożenia oferty;
7. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 3 ustawy Pzp przez nie przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego uznania odwołującego za wykonawcę wykluczonego z postępowania.

3

Odnosząc się do istoty sporu odwołujący wskazał, że realizacja zamówienia przez F5 Konsulting na rzecz Ministerstwa Skarbu Państwa, gdzie przedmiotem zamówienia było przedstawienie rekomendacji przedziału rynkowej wartości akcji ENEA S.A., która przygotowana była na potrzeby transakcji sprzedaży akcji spółki inwestorowi strategicznemu oraz podjęcia decyzji w sprawie przyjęcia oferty złożonej przez inwestora, nie może być pominięta przy ocenie wniosku, gdyż spełnia wszystkie wymogi określone w ogłoszeniu. Zamawiający w ogłoszeniu nie wskazał żadnych metod, jakimi powinny być sporządzone wyceny, iloma metodami ani zgodnie z jakimi przepisami wyceny winny być przeprowadzone. Zrealizowanie przedmiotu zamówienia wynikającego z umowy z dnia 15 czerwca 2009 roku wymagało dokonania wyceny wartości spółki, która to wycena stanowiła część składową wykonanego dzieła i została przyjęta protokolarnie przez MSP.

W dniu 20 października 2009 roku zamawiający poinformował o oddaleniu odwołania,

wskazując, że w piśmie z dnia 2 października 2009 roku nie wskazał, które wyceny zostały wzięte pod uwagę, ponieważ odwołujący zastrzegł informacje dotyczące wykazu usług. Zamawiający nie uwzględnił przy ocenie wniosku usługi dotyczącej rekomendacji przedziału ceny za akcje ENEA S.A. gdyż usługa ta nie spełnia wymagań określonych w ogłoszeniu. Zamawiający wskazując na postanowienia umowy z dnia 15 czerwca 2009 roku zawartej z F5 Konsulting podniósł, że umowa ta nie obejmowała swym przedmiotem sporządzenia oszacowania wartości spółki, w rozumieniu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lutego 2009 roku w sprawie zakresu analizy spółki, przeprowadzonej przed zaoferowaniem do zbycia akcji należących do Skarbu Państwa.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący w dniu 29 października 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując argumentację i zarzuty zawarte w proteście i wnosząc o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności:

1. oceny wniosku,
2. nie zaproszenia odwołującego do składania ofert oraz uznania odwołującego za wykonawcę wykluczonego z postępowania;
3. wyboru wykonawców, których zamawiający zaprosił do złożenia ofert;
4. dokonania oceny wniosku z uwzględnieniem wszystkich przedstawionych przez odwołującego wycen przedsiębiorstw prowadzących działalność w zakresie wytwarzania lub obrotu lub dystrybucji energii elektrycznej zgodnie z zasadami ocen wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu określonymi ogłoszeniem i przyznanie odwołującemu 8 (ośmiu) punktów, oraz w konsekwencji;
5. zaproszenia odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu.

4

Odwołujący wniósł o przyznanie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według zestawienia przedstawionego na rozprawie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania w szczególności: treści ogłoszenia o zamówieniu, wniosku odwołującego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 28 lipca 2009 roku, sekcja III.2.3 zdolność techniczna, zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Wykonawca spełniający wymagania zamawiającego musi wykazać, że przez ostatnie 3 lata przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 wyceny przedsiębiorstw prowadzących działalność w zakresie wytwarzania lub obrotu lub dystrybucji energii elektrycznej, z których każde (według stanu na datę wyceny) posiadało kapitały własne w wysokości co najmniej 200.000.000 zł.

W sekcji IV. 1.2 zamawiający przewidział, że do złożenia oferty zaprosi nie więcej niż 6 wykonawców. W zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w części III.2.3 ogłoszenia, zamawiający zastosuje punktową kwalifikację wykonawców, w której każdy wykonawca będzie mógł uzyskać maksymalnie 10 punktów. Zamawiający przydzieli punkty wg poniższych warunków:

- warunek 1 - oceniany warunek - wycena przedsiębiorstw prowadzących działalność w zakresie wytwarzania lub obrotu lub dystrybucji energii elektrycznej. Ilość punktów: 2 wyceny – 1 pkt , 3 wyceny -2 pkt , 4 wyceny - 3 pkt , 5 wycen - 4 pkt , 6 wycen i więcej - 5 pkt
- warunek 2 - łączne kapitały własne wycenianych przedsiębiorstw prowadzących działalność w zakresie wytwarzania lub obrotu lub dystrybucji energii elektrycznej. Ilość punktów: równe 400 000 000 zł - 1 pkt, pow. 400 000 000 zł - poniżej lub równe 500 000 000 - 2 pkt, pow. 500 000 000 - poniżej lub równe 600 000 000 - 3 pkt, powyżej 600 000 000 - poniżej lub równe 700 000 000 - 4 pkt, powyżej 800 000 000 - 5 pkt.

Zamawiający wskazał, że zastosuje łączną punktację wniosków na podstawie:

1. liczby potwierdzonych i należyście wykonanych wycen przedsiębiorstw prowadzących działalność w zakresie wytwarzania lub obrotu lub dystrybucji energii elektrycznej.
2. wartości zsumowanych kapitałów własnych wycenianych przedsiębiorstw, z których każde przedsiębiorstwo posiadało kapitały własne w wysokości co najmniej

200 000 000 zł.

W celu spełnienia wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu odwołujący przedstawił we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz doświadczenia zawodowego,

5

gdzie podał 12 realizacji zamówień w okresie od 28.07.2006 roku do 28.07.2009 roku, spośród których zamawiający uznał za spełniające warunek wymaganego doświadczenia 3 realizacje:

Poz. 1 wykazu – wycena akcji spółki Energa S.A.

Poz. 6 wykazu – wycena akcji spółki Dalkia Poznań S.A.

Poz. 8 wykazu – oszacowanie (przy użyciu dwóch metod wyceny) wartości spółki Elektrociepłownia Kraków S.A.

Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny sprawy, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a odwołujący, który nie został zaproszony do udziału w postępowaniu prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego, legitymuje się interesem prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istota sporu między stronami sprowadza się do odpowiedzi na pytanie czy usługa ujęta w poz. 2 wykazu o nazwie „wycena akcji Enea S.A. na potrzeby rekomendacji przedziału ceny za akcję spółki Enea S.A.” spełnia postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

Izba dopuściła wnioskowany przez odwołującego dowód z dokumentu „Rekomendacja przedziału ceny za akcje Enea S.A.” sporządzonego w ramach realizacji zamówienia ujętego w poz. 2 wykazu na okoliczność, że w ramach sporządzenia rekomendacji dokonano również wyceny przedsiębiorstwa Enea S.A. Jednocześnie Izba wyłączyła jawność rozprawy w części dotyczącej przeprowadzonego dowodu z dokumentu, z uwagi na okoliczność, że dokument ten jest objęty tajemnicą służbową i opatrzony klauzulą „zastrzeżone”.

Na wezwanie Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w protokole z rozprawy z dnia 20 listopada 2009 roku Minister Skarbu Państwa pismem z dnia 30 listopada 2009 roku (BDG – SZ - 382 -127/09 (BDG/7250/09), znajdującym się w aktach sprawy, wyraził zgodę na udostępnienie wyciągu z „Rekomendacji przedziału ceny za akcje Enea S.A.” z wyjątkiem danych liczbowych jako dokumentu zastrzeżonego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 stycznia 1999 roku o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2005, nr 196, poz. 1631 ze zm.). Izba dopuściła wnioskowany przez zamawiającego dowód z dokumentu o nazwie „Wycena wartości spółki Elektrociepłownia „Kraków” S.A.” oraz dokumentu „Wycena wartości spółki Przedsiębiorstwo Energetyczne „Megawat” Sp. z o.o.” w zakresie ustalenia czy

6

Rekomendacja przedziału ceny za akcje ENEA S.A.” zawiera wykonanie usługi oszacowania wartości spółki.

Sporządzenie dokumentu „Rekomendacja przedziału ceny za akcje Enea S.A.” nastąpiło w wyniku realizacji umowy z dnia 15 czerwca 2009 roku pomiędzy Skarbem Państwa – Ministrem Skarbu Państwa a konsorcjum F5 Konsulting Sp. z o.o. oraz Salans D. Oleszczuk, Kancelaria Prawna Sp.k., a dokument ten został sporządzony przez wykonawcę - F5 Konsulting Sp. z o.o., który jest aktualnie członkiem konsorcjum odwołującego.

W oparciu o przedłożony przez odwołującego dowód w sprawie „Rekomendacja przedziału ceny za akcję Enea S.A.” Izba ustaliła, że dokument ten zawiera wycenę przedsiębiorstwa ENEA S.A. przy wykorzystaniu kilku różnych metod. Zgodnie z wyjaśnieniami odwołującego są to metody powszechnie dostępne, standardowe, wykorzystywane przez banki inwestycyjne, biura maklerskie, inwestorów giełdowych. Zastosowane metody wyceny ENEA S.A. są zgodne z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lutego 2009 roku w sprawie analizy spółki, przeprowadzanej przed zaoferowaniem do zbycia akcji należących do Skarbu Państwa (Dz. U. z 2002, Nr 171, poz. 1397 ze zm.), co przyznał sam Zamawiający. Przeprowadzone postępowanie dowodowe potwierdziło, że w ramach realizacji zamówienia

o nazwie „Rekomendacja przedziału ceny za akcje Enea S.A.” sporządzono wycenę przedsiębiorstwa.

Najogólniej wycenę przedsiębiorstwa definiuje się jako zespół procedur, analiz i ocen, które prowadzą do ustalenia wartości przedsiębiorstwa wg stanu na określony moment czasowy, przy czym w praktyce znanych i stosowanych metod i sposobów wyceny przedsiębiorstwa jest wiele.

Okoliczność, że wycena przedsiębiorstwa Enea S.A. sporządzona została w oparciu o inne przepisy prawa z wykorzystaniem innych metod i wskaźników niż wyceny powoływane przez zamawiającego („wycena wartości spółki Elektrociepłownia „Kraków” S.A.” oraz „wycena wartości spółki Przedsiębiorstwo Energetyczne „Megawat” Sp. z o.o.”) w świetle braku szczegółowych wymogów w tym zakresie podanych w warunku udziału w postępowaniu, pozostaje bez wpływu na ocenę stanu faktycznego sprawy.

Podkreślić należy, że zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu nie wskazał w oparciu o jakie przepisy prawa, jakimi metodami ma zostać sporządzona wycena przedsiębiorstwa, nie podał również jaki ma być jej zakres, poziom szczegółowości wyceny przedsiębiorstwa, który zostanie przez niego uznany za wystarczający dla stwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający, określając warunek udziału w postępowaniu posłużył się pojęciem ogólnym „wycena przedsiębiorstwa”, zatem nadawanie dopiero na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału innego brzmienia określonego przez siebie warunkowi udziału w postępowaniu i twierdzenie, że wyceny należało sporządzić w oparciu o konkretne przepisy prawa jest niedopuszczalne.

7

Stanowisko Izby, jest uzasadnione również w świetle przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605), zgodnie z którymi potwierdzeniem posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia jest wykazanie się zamówieniami „odpowiadającymi swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia” a niekoniecznie zamówieniami „tożsamymi” - identycznymi z przedmiotem zamówienia. Określenie zamówienia „odpowiadające swoim rodzajem” oznacza, że usługi czy dostawy wykazywane w ramach doświadczenia mają być zbliżone co do rodzaju, zbieżne z przedmiotem zamówienia.

W ocenie Izby, wycena przedsiębiorstwa Enea S.A. wykonana przez F5 Konsulting Sp. z o.o. w ramach sporządzenia Rekomendacji wyceny przedziału ceny za akcje tej spółki odpowiada rodzajem nie tylko przedmiotowi zamówienia ale jest przede wszystkim zbieżna z treścią warunku udziału w postępowaniu.

Wykazane naruszenie przepisów ustawy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz 24 ust. 2 pkt 3, art. 25 ust. 1 oraz art. 51 ust. 2 ustawy Pzp miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, zatem zasadnym jest uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w postępowaniu i uznania odwołującego za wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu oraz nakazanie dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Izba uznała, także za zasadny zarzut naruszenia art. 51 ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując, że skoro ustawodawca traktuje wykonawcę niezaproszonego do składania ofert jak wykluczonego z udziału w postępowaniu, to niezbędne jest ze strony zamawiającego poinformowanie wykonawców o podstawach faktycznych i prawnych swojej decyzji.

Wobec uznania zasadności zarzutu odwołującego co do niezaproszenia go do udziału w postępowaniu i uznania odwołującego za wykluczonego, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 ustawy jest bezprzedmiotowy.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji w oparciu o art. 191 ust. 1 a i ust. 2 ustawy Pzp.

8

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy

Pzp oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....