

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A w dniu 29 marca 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – CETUS – Energetyka Gazowa sp. z o.o. z siedzibą w Świerklanach, Regionalny Zakład Obsługi Urządzeń Gazowniczych GAZ-TECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze – sygn. akt KIO 721/13**

B w dniu 2 kwietnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „MULTIGAZ” W..... B....., Częstochowa, Zakład Elektroenergetyczny H. Cz. ELSEN S.A. z siedzibą w Częstochowie – sygn. akt KIO 745/13**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie czynności eksploatacyjnych na stacjach azowych zlokalizowanych na terenie działania operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. Oddział w Świerklanach* (nr postępowania ZP/2012/12/0282/SRK)

prowadzonym przez zamawiającego: **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – CETUS – Energetyka Gazowa sp. z o.o. z siedzibą w Świerklanach, Regionalny Zakład Obsługi Urządzeń Gazowniczych GAZ-TECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 745/13**

orzeka:

1

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

1. Uwzględnić odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 721/13 i nakazuje

oferty zamawiającemu

unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej

w części trzeciej zamówienia oraz powtórzenie czynności poczynszu od oceny spełnienia w przez wykonawców warunków udziału postępowaniu

wezwania i Usług z uwzględnieniem Przedsiębiorstwa Produkcji

sp. z o.o. z siedzibą w Rynkowie-Eksportowych „POLDE” Strumieniu

do złożenia wyjaśnień, czy przedmiot zamówienia wymienionych w wykazie

zamówień obejmował uruchomienie i przeprowadzenie prób działania i regulacji.

2. Oddać odwołanie w sprawie o sygn. akt. KIO 745/13.

3. Kosztami postępowania obciążyć: zamawiającego – Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie – w sprawie o sygn. akt KIO 721/13 odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „MULTIGAZ” W..... B..... z Częstochowy, Zakład Elektroenergetyczny H. Cz. ELSEN S.A. z siedzibą w Częstochowie – w sprawie o sygn. akt KIO 745/13 i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań,

3.2. zasądza od zamawiającego: Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego –

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CETUS – Energetyki Gazowej sp. z o.o. z siedzibą w Świerklanach, Regionalnego Zakładu Obsługi Urządzeń Gazowniczych GAZ-TECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Górnośląskiego Zakładu Obsługi Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

3.3. zasądza od odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Usług Technicznych „MULTIGAZ” W..... B..... z Zakładu Częstochowy, Elektroenergetycznego H. Cz. ELSEN S.A z siedzibą w Częstochowie na rzecz zamawiającego: Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM

2

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

S.A z siedzibą w Warszawie kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

3

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na usługi pn. *Wykonanie czynności eksploatacyjnych na stacjach azowych zlokalizowanych na terenie działania operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. Oddział w Świerklanach* (nr postępowania 2P/2012/12/0282/SRK).

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 19 grudnia 2012 r. pod nr 2012/S_244-401874, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.gaz-system.pl).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 19.622.675,00 zł, co stanowi równowartość 4.881.748,18 euro.

21 marca 2013 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej:

- oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcji i Usług Rynkowo-Eksportowych „POLDE” sp. z o.o. z siedzibą w Strumieniu (dalej zwane w skrócie „POLDE”) – w części 3. zamówienia,
- oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CETUS – Energetyka Gazowa sp. z o.o. z siedzibą w Świerklanach, Regionalny Zakład Obsługi Urządzeń Gazowniczych GAZ-TECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (dalej zwanych skrócie „Konsorcjum CETUS”) – w pozostałych czterech częściach zamówienia.

29 marca 2013 r. (pismem z 28 marca 2013 r.) Odwołujący – Konsorcjum CETUS – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy POLDE w części 3. zamówienia, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez zaniechanie wykluczenia oferty wykonawcy POLDE, pomimo

4

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

wystąpienia okoliczności zobowiązujących Zamawiającego do wykonania tej czynności.

2. Art. 84 ust. 1 – przez uwzględnienie wniosku wykonawcy POLDE o dokonanie zmiany ceny ofertowej po upływie terminu składania ofert.
3. Art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 – przez dokonanie w toku badania i oceny ofert istotnych zmian w treści oferty wykonawcy POLDE.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy POLDE, pomimo wystąpienia okoliczności zobowiązujących Zamawiającego do wykonania tej czynności.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz w efekcie odrzucenia oferty wykonawcy POLDE.
3. Dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum CETUS.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania:

zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia POLDE

(1.)

zarzut niewykazania spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia

Odwołujący zarzucił, że wykonawca POLDE nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego. Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem VIII, ust. 4 SIWZ wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego winni wykazać, że *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (...) realizowali przez okres nie krótszy niż 1 rok (lub aktualnie realizują przez okres nie krótszy niż 1 rok) co najmniej jedno zamówienie odpowiadające charakterem i złożonością zakresowi przedmiotowego zamówienia lub w tym okresie zrealizowali zamówienia dotyczące budowy kompletnych obiektów stacji gazowej redukcyjno-pomiarowej 1° wraz z jej uruchomieniem i przeprowadzeniem prób działania i regulacji dla łącznej liczby stacji w przypadku części 3–12 stacji gazowych wysokiego ciśnienia*. Odwołujący wskazał, że w ofercie złożonej przez wykonawcę POLDE brak było wykazania wymaganej liczby stacji gazowych. Odwołujący podał, że Zamawiający nie uznał na poczet potwierdzenia spełniania warunku doświadczenia zawodowego następujących pozycji wykazu (załącznik nr 4): 2, 8, 9, 10, 11 i 12. W ocenie Odwołującego zarówno z treści wykazu, jak i dokumentów potwierdzających należyte lub zgodne z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie robót – nie wynika, że pozostałe, niewymienione powyżej pozycje mogą być zaliczone na poczet potwierdzenia spełniania warunku doświadczenia zawodowego. Z żadnej z tych pozycji nie wynika bowiem, że przeprowadzone zostały próby działania i

5

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

regulacji. Odwołujący podał, że 4 marca 2013 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwał wykonawcę POLDE do uzupełnienia wykazu zrealizowanych zamówień, w tym wykazania odpowiedniej liczby stacji gazowych (tj. 12 szt.), przytaczając w pełnym brzmieniu wymagania z rozdziału VIII, ust. 4. W odpowiedzi 7 marca 2013 r. wykonawca złożył nowy wykaz wg załącznika nr 4 do SIWZ, sporządzony 7 marca 2013 r., w którym wymienił jedynie 9 stacji gazowych wysokiego ciśnienia. Odwołujący zrelacjonował, że następnie 8 marca 2013 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 pzp wezwał wykonawcę POLDE do złożenia wyjaśnień odnośnie wątpliwości dotyczących przedstawionego wykazu. W odpowiedzi pismem z tego samego dnia wykonawca POLDE udzielił Zamawiającemu wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego z przedstawionego 7 marca 2013 r. uzupełnionego wykazu

oraz udzielonych wyjaśnień nie wynika, że wykonawca POLDE wykazał spełnianie warunku w postępowaniu:

- poz. 1-5 dotyczą robót budowlanych, tj. budowy lub pełnej modernizacji stacji redukcyjno-pomiarowej 1°, lecz z żadnej z tych pozycji nie wynika, że przeprowadzone zostały próby działania i regulacji,
- to samo dotyczy poz. 8 wykazu,
- dla poz. 6, 7 i 9 wykazu, ale tylko w referencjach znajduje się wzmianka, że zakres tych zadań obejmował *uruchomienie i przeprowadzenie prób działania*, co zdaniem Odwołującego również nie odpowiada określeniu *próby działania i regulacji*,
- ponadto poz. 4 i 5 dotyczą robót, które w dacie upływu terminu składania ofert (28 stycznia 2013 r.) nie były jeszcze zrealizowane, gdyż realizacja została ukończona 31 stycznia 2013 r.

(2.)

zarzut niewykazania spełniania warunku udziału dotyczącego sytuacji finansowej

Odwołujący zarzucił również, że wykonawca POLDE nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej. Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem VIII, ust. 3 SIWZ o zamówienie mogą ubiegać mogą się wykonawcy, którzy w szczególności *posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową nie mniejszą niż (...) dla części nr 3 TJE Bielsko-Biała – 540.000,00 zł*. Powyższe należało wykazać poprzez przedstawienie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych na rachunku lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę nie niższą jak powyżej wskazana. W treści opinii bankowej przedstawionej w ofercie na str. 120. wskazano, że *na dzień wydania opinii bankowej Klient posiada zaangażowanie kredytowe z dostępnym maksymalnym limitem w wysokości 3 000 000,00 zł*. Odwołujący podniósł, że Zamawiający

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

wymagał, aby wykonawca wykazał się posiadaniem środków lub zdolnością kredytową o określonej wysokości. Zdaniem Odwołującego z przedstawionej opinii nie wynika, że wykonawca POLDE posiada jeszcze zdolność kredytową i może pozyskać od banku środki w wymaganej wysokości, ani też że określone środki posiada. W tej opinii bank oświadcza również, że *stan środków na rachunkach wykonawcy na dzień 09.11.2012 roku kształtuje się na poziomie minus kwota sześciocyfrowa w PLN*, a – zgodnie z wyjaśnieniem w tejże opinii – *w przypadku występowania zadłużenia na rachunku, stan podaje się ze znakiem minus*.

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że wykonawca POLDE nie wykazał ani że posiada środki finansowe, ani też że posiada zdolność kredytową w wymaganej wysokości. Tym bardziej, że z opinii wynika również fakt korzystania przez wykonawcę w tym banku również z produktów bankowych takich jak gwarancje bankowe, lecz nie podano w jakiej wysokości, co nie pozwala stwierdzić, że wykonawca dysponuje środkami w ramach limitu kredytowego w wymaganej przez zamawiającego wysokości.

(3.)

zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty POLDE jako niezgodnej z treścią SIWZ

Odwołujący podał, że pismem z 18 lutego 2013 r. wykonawca POLDE wystąpił do Zamawiającego o poprawienie ceny ofertowej, tj. w zakładce *Podlesie SP komórka TJ6 (eksploatacja systemów detekcji gazów wybuchowych)* z ceny 0,00 zł na 800,00 zł. Ponieważ w pozycji tej występuje krotność 3, wykonawca wystąpił o podwyższenie ceny ofertowej o 2.400,00 zł.

Odwołujący zarzucił, że działanie takie jest niedopuszczalne w świetle art. 84 ust. 1 pzp, zgodnie z którym wykonawca może dokonać zmiany swej oferty, w tym również ceny, lecz jedynie przed upływem terminu składania ofert. Natomiast oświadczenie woli wykonawcy dotyczące zmiany treści oferty, a w tym konkretnym przypadku ceny ofertowej, złożone z naruszeniem tego przepisu jest bezskuteczne. Odwołujący powołał się na takie stanowisko zajęte przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 9 lutego 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 1857/09). Odwołujący podniósł, że tymczasem Zamawiający wziął pod uwagę wniosek wykonawcy odnośnie zmiany ceny oferty po upływie terminu składania ofert, tj. dokonał sugerowanej poprawy. Zdaniem Odwołującego należy zaznaczyć,

że przedmiotowa zmiana treści oferty nie odpowiada zakresowi dopuszczalnych zmian w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, którą to podstawę wskazał Zamawiający jako uzasadnienie prawne swoich czynności. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może dokonywać poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jednakże niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Według

7

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

Odwołującego w omawianym przypadku zmiana oferty jest istotna, ponieważ dotyczy zmiany ceny ofertowej, która została dokonana w wysokości wskazanej przez wykonawcę po upływie terminu składania ofert i ich otwarciu. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, poprawienie tego typu omyłek może być dokonane jedynie bez udziału wykonawcy, tj. bez jakichkolwiek z nim uzgodnień czy konsultacji. Tymczasem w omawianym przypadku Zamawiający wziął pod uwagę wniosek wykonawcy dotyczący sposobu poprawienia – co należy uznać za niedopuszczalne. We wniosku tym sam wykonawca wskazuje, że przedmiotowej poprawy należy dokonać przez analogię. Zdaniem Odwołującego sam zamawiający nie mógł mieć takiej wiedzy, gdyż opisując sposób obliczenia ceny oferty nie wskazał, że wszystkie podobne, a nawet tożsame czynności, niezależnie od miejsca ich świadczenia, należy wycenić w takiej samej wysokości. Z żadnego innego postanowienia SIWZ również nie wynika również, że tak należało obliczać cenę. Odwołujący podsumował, że nie było zatem możliwości zastosowania procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, a w efekcie tego oferta wykonawcy powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ, przez co nie była porównywalna z innymi ofertami.

Odwołujący zarzucił, że powyższe zaniechania Zamawiającego przesądzają również o nierównym traktowaniu uczestników postępowania, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 pzp. Zdaniem Odwołującego tym samym Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 pzp oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy pzp, co w przypadku zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą, stanowił będzie naruszenie art. 7 ust. 3 pzp.

21 marca 2013 r. Zamawiający w tym samym zawiadomieniu przekazał również wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwu Usług Technicznych „MULTIGAZ” W..... B..... z Częstochowy, Zakładowi Elektroenergetycznemu H. Cz. ELSSEN S.A. z siedzibą w Częstochowie (dalej zwanych w skrócie „Konsorcjum MULTIGAZ”) – zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty w części 2. i 4. zamówienia, to jest w obu częściach, na które Konsorcjum MULTIGAZ złożyło ofertę. W przypadku obu tych części Zamawiający poinformował o wykluczeniu Konsorcjum MULTIGAZ na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp, podając następujące uzasadnienie: *Zamawiający w Rozdz. VIII ust. 1 SIWZ wskazał, iż o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”.*

8

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, Zamawiający żądał dołączenia do oferty m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9) ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku składania oferty przez podmioty występujące wspólnie, wymóg złożenia ww. dokumentów dotyczy każdego z podmiotów. Do oferty Wykonawca nie dołączył informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9) ustawy dotyczącej podmiotu, tj. Zakład Elektroenergetyczny H. Cz. „ELSEN” Spółka Akcyjna, 42-202 Częstochowa, ul. Koksowa 11.

Powyższe oznacza, iż Wykonawca, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „MULTIGAZ” W..... B..... (Lider Konsorcjum), Zakład Elektroenergetyczny H. Cz. „ELSEN” Spółka Akcyjna, nie potwierdził spełniania warunku

udziału w przedmiotowym postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. VIII ust. 1 SIWZ. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, pismem z dnia 01.02.2013r. wezwał Wykonawcę tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „MULTIGAZ” W..... B..... (Lider Konsorcjum), Zakład Elektroenergetyczny H. Cz. „ELSEN” Spółka Akcyjna do uzupełnienia oferty w ww. zakresie, wyznaczając termin dostarczenia dokumentów na dzień 07.02.2013r. godz. 11.00. Wykonawca w wyznaczonym terminie dostarczył dokumenty. Po ocenie uzupełnionych dokumentów należy stwierdzić, iż Wykonawca nie uzupełnił poprawnie dokumentów. Wykonawca przedłożył informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy wystawioną dla podmiotu zbiorowego: Zakład Elektroenergetyczny H. Cz. ELSEN Spółka Akcyjna wystawioną z datą 04.02.2013r., a więc po terminie składania ofert. Powyższe oznacza, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunku postawionego przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający poinformował, że w związku z wykluczeniem Konsorcjum MULTIGAZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp odrzuca jego ofertę.

Ponadto w części 4. zamówienia Zamawiający poinformował Konsorcjum MULTIGAZ o następujących podstawowych podstawach wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty:

- po pierwsze – wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp za niewykazanie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia sprecyzowanego w rozdziale VIII, ust. 4 SIWZ, pomimo złożonego w trybie art. 26 ust. 3 pzp uzupełnienia dokumentów;
- po drugie – odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż wykonawca nie uwzględnił modyfikacji SIWZ z 16 stycznia 2013 r. i podał kwoty ryczałtowe netto za jednokrotne wykonanie grupy czynności eksploatacyjnych na stronach oferty: 89, 94, 98, 100, 101, 107, 116, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 127, 131, 136, 137 i 138 (w wierszu 3.1.) – dokonując w ten sposób wyceny czynności, które nie były przedmiotem zamówienia.

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

2 kwietnia 2013 r. (pismem bez daty) Odwołujący – Konsorcjum MULTIGAZ wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wykluczenia z postępowania przez Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 9, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 90 i art. 91 – *względem badania i zaniechania oceny oferty* Odwołującego oraz *wskazania wadliwego wyniku danego postępowania w Części 2.*

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia czynności badania ofert, w której następstwie nastąpi przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania.
2. Powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert) – tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do oferty Odwołującego.
3. Wyboru w części 2. Zamówienia oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania:

(1.)

zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego

Zdaniem Odwołującego spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp. Odwołujący stwierdził, że na wezwanie Zamawiającego w wymaganym terminie uzupełnił dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej podmiotu zbiorowego. W ocenie Odwołującego złożone w ofercie pod rygorem odpowiedzialności karnej oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z art. 24 ust. 1 pkt. 9 pzp oraz dostarczona informacja z KRK, wystawiona kilka dni po dacie złożenia oferty, z *zapisami o sprawdzeniu na dzień składania* – wskazują na stan faktyczny: Partner Konsorcjum nie ma zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne.

Według Odwołującego takie stanowisko zajęł Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 20 maja 2010 r. (sygn. akt I ACa 357/10): *Wykładnia celowościowa przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p. prowadzi do wniosku, formacja z KRK dotycząca podmiotu zbiorowego zaświadcza stan faktyczny na dzień jej udzielenia, poświadcza również, ten stan na wcześniejszy dzień, w którym upłynął termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

Odwołujący podniósł, że na podstawie art. 45 ust. 3 lit. a) dyrektywy i zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 63/11 (Zasadnym wydaje się wskazać, iż także na gruncie Dyrektywy 2004/18/WE ukształtowano analogiczną

10

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

regulację. Art. 45 ust. 3 lit. a) powołanej Dyrektywy w sposób wyraźny przyznaje prymat wyciągowi sądowemu lub dokumentowi wydanemu przez właściwy organ sądowy lub administracyjny. Zgodnie przepisem tym dokumenty te należy uznać za wystarczające dla uznania wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podobnie, jak na gruncie polskiego Rozporządzenia o dokumentach, Dyrektywa 2004/18/WE w art. 45 ust. 3 stanowi, że dopiero, gdy w danym kraju nie wydaje się takich dokumentów, mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym przed odpowiednim organem.) – jeżeli w kraju wykonawcy nie wydaje się wymaganych dokumentów w zakresie braku zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, to można je zastąpić stosownym oświadczeniem. Odwołujący stwierdził, że we wszystkich krajach UE, w których takie dokumenty się wystawia, jest pełna możliwość ich pozyskania w ramach uzupełnienia z datą wcześniejszą na określony dzień. Zdaniem Odwołującego tylko przepisy prawa polskiego w zakresie Krajowego Rejestru Karnego są ułomne i nie pozwalają wystawić informacji z KRK na dzień wcześniejszy niż data złożonego wniosku, jak i również w trybie dokonanym – do dnia.... nie figurował. Odwołujący wywiódł, że tym samym zgodnie z dyrektywą, która ma pierwszeństwo przed przepisem prawa krajowego wykonawca ma prawo złożyć stosowne oświadczenie przed organem, że nie miał zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Odwołujący oświadczył, że przedłożył takie oświadczenie na rozprawie i ocenił, że winno ono być uznane za dochowanie wymogu. Odwołujący stwierdził, że nie ma takiego przepisu dyrektywy, który pozwalałby na dyskryminowanie wykonawców polskich w tym zakresie dokumentu i ograniczałby im dostęp do rynku zamówień publicznych nie na równi z wykonawcami innych krajów, tylko dlatego, że przepisy prawa lokalnego są ułomne.

Ponadto Odwołujący podniósł, że istotny jest tutaj stan faktyczny a nie data na stemplu urzędowym. Odwołujący wywiódł, że zgodnie z ustawą o KRK zakaz ubiegania się podmiotu zbiorowego o udzielenie zamówienia publicznego jest konsekwencją przekroczeń przepisów art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 pzp przez odpowiednie osoby, które w imieniu podmiotu dopuściły się czynów zabronionych i zostały za to skazane. Odwołujący podał, że żaden z członków zarządu Partnera Konsorcjum nie był karany, co wynika z przedstawionych dokumentów KRK. W ocenie Odwołującego tym samym zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Opolu z 7 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt VI Ga 49/10 {Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy o Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Powyższa regulacja odsyła do przepisów ustawy z dnia 28 października 2012 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U.

11

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

z 2002 r. Nr 197, poz. 1661), które regulują zasady odpowiedzialności raz jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej (z wyłączeniem jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, organów państwowych i samorządowych) za czyny zabronione pod groźbą kary jako przestępstwa lub przestępstwa skarbowe. Stosownie do art. 4 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych podstawą jej zastosowania jest skazanie prawomocnym wyrokiem osoby fizycznej działającej w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnień i obowiązków do jego lub osoby dopuszczonej do takiego działania w wyniku przekroczenia obowiązków przez osobę reprezentującą podmiot albo działającej za zgodą lub wiedzą reprezentującego. Odpowiedzialność może zachodzić jedynie wówczas gdy opisane działanie mogło przynieść lub przyniosło podmiotowi korzyść, zaś do popełnienia czynu zabronionego doszło w wyniku braku należytej staranności w wyborze osoby fizycznej lub co najmniej braku należytego nadzoru nad tą osobą. Przepis art. 9 ust 1 pkt 4 wspomnianej ustawy pozwala m.in. na orzeczenie wobec podmiotu zbiorowego sankcji

w postaci zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, przy czym środek ten można orzec na okres od 1 roku do 5 lat. (...) Krajowym Rejestrze Karnym, powołanym ustawą z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (tekst jedn. Dz. U. 2008 r., Nr 50, poz. 292). W tym ostatnim zamieszcza się bowiem (w zakresie odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych) dane dotyczące oznaczenia podmiotu i jego siedziby, daty wydania i uprawomocnienia się wyroku, oznaczenia Sądu, który wydał wyrok, sygnaturę sprawy, orzeczoną karę pieniężną, zakaz lub przepadek, a także kwalifikację czynu zabronionego osoby fizycznej, stanowiącego podstawę odpowiedzialności podmiotu zbiorowego (art. 12 ust. 1 ustawy o KRK oraz art. 16 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych)} – konkluzja może być jedna – Partner Konsorcjum nie ma zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podsumował, że tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do wykluczenia go z postępowania.

(2.)

zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum CETUS

W zakresie okoliczności faktycznych uzasadniających ten zarzut w odwołaniu podniesiono, co następuje: *Zamawiający w SIWZ podał przewidywaną liczbę dodatkowych godzin dla poszczególnych części zamówienia. Należało podać stawkę r-g uwzględniającą wszystkie dodatkowe koszty wykonania robót dodatkowych i materiały bez kosztów dojazdów. Dojazd oferty najkorzystniejszej to cena 90,00zł, kolejnego wykonawcy 222,00 zł a Odwołującej 300,00 zł. Dojazd obejmuje koszty logistyki i pracowników. Suma tych r-g i stawki godz. stanowiła jeden składnik ceny końcowej. Drugi to sztywne stawki za wykonanie zadań. Bez podawania stawki r-g. Cena Odwołującej za roboty dodatkowe to 80,00 zł,*

12

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

kolejnego wykonawcy 40,00 zł a konkurencji wskazanej do wyniku 15,00 zł. Odwołujący ocenił, że tym samym niemożliwe jest wykonanie robót dodatkowych we wskazanych cenach, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i rażąco niską cenę w treści oferty oraz oznacza obowiązek odrzucenia oferty wskazanej jako najkorzystniejsza ze wszystkich zadań.

Odwołujący wskazał dalej, że ustawa pzp ani Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi nie definiuje pojęcia *rażąco niskiej ceny*. Niemniej zgodnie z poglądami doktryny oraz ugruntowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uważa się cenę nieadekwatną do zakresu i kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, zakładającą wykonanie prac poniżej rzeczywistych kosztów wytworzenia, cenę *realistyczną*, która nie pozwala na prawidłowe, niezakłócone i terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia oraz takiej, która pozwoli na zbilansowanie kosztów oraz osiągnięcie akceptowalnego zysku, oraz cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej (tak m.in.: opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotycząca rażąco niskiej ceny, Informator Urzędu Zamówień Publicznych, wrzesień 2009 r. oraz czerwiec 2012 r.).

Odwołujący podniósł, że jak wskazała Izba w wyroku z 17 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1400/09): (...) *zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli Zamawiający ma przypuszczenie, że jakaś cena ofertowa może stanowić cenę ustaloną w sposób nieuprawniony na niższym poziomie, czyli niską, ma obowiązek zażądać od wykonawcy oferującego taką cenę stosowych wyjaśnień.* Odwołujący powołał się, że odnośnie art. 90 ust. 1 pzp Izba stwierdziła również, że (...) *skorzystanie z tego przepisu przez Zamawiającego stwarza swego rodzaju domniemanie ceny rażąco niskiej, które podlega obaleniu przez wykonawcę, do którego takie wezwanie jest skierowane. (...) Oceniając wyjaśnienia, zamawiający może uznać za właściwy taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z powodów o obiektywnym charakterze.*

Następnie w odwołaniu zamieszczono mniej lub bardziej obszerne cytaty z uzasadnień następujących orzeczeń (lub z publikacji):

- wyroku Izby z 28 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1746/09),
- wyroku Izby z 17 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 262/09),
- *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2007 (str. 468-469)

– podsumowane w odwołaniu następującym stwierdzeniem: *powyższe stanowisko potwierdzają kolejne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: KIO/UZP 1701/11, KIO/UZP*

13

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

1831/09, KIO/358/11, KIO 246/11 i szereg innych:

- wyroku Izby z 7 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1260/10)
- wyroku Izby z 10 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2338/10)
- wyroku Izby z 29 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2499/10)
- wyroku Izby z 1 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 586/11)
- wyroku Izby z 11 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 624/11)
- wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09)
 - podsumowane w odwołaniu następującym stwierdzeniem: *oraz kolejnymi wyrokami potwierdzającymi w/w linię orzecznictwa KIO/UZP: 1701/11, 1831/11, 358/11, 246/11, 1039/11, 834/11, 1746/09, 1400/09 UZP/ZO- 554/05 wraz z wyrokiem SO w Częstochowie sygn.. VI Ca 464/05 KIO/UZP 262/09 wyrok SO w Warszawie sygn. V CA 2214/06*

Odwołujący podsumował, że *tym samym zasada równego traktowania została naruszona i Odwołująca ma interes prawny w tym żeby dochodzić równego traktowania w prowadzonym postępowaniu.*

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołania, a do zarzutów ustosunkował się merytorycznie w toku rozprawy.

4 kwietnia 2013 r. do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przez Konsorcjum CETUS przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 745/13, wnosząc o oddalenie odwołania w tej sprawie.

Strony nie zgłosiły opozycji, przystąpienie zostało zgłoszone w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu i wymogu przekazania jego kopii Stronom, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, stąd Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone przez każdego z Odwołujących – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie zostały również złożone w tym zakresie żadne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w którejkolwiek ze spraw, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której

14

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności przeprowadzając dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. oferty wykonawcy POLDE, oferty Konsorcjum CETUS, oferty Konsorcjum MULTIGAZ, wezwań Zamawiającego kierowanych do wykonawcy POLDE i Konsorcjum MULTIGAZ,

odpowiedzi udzielonych przez tych wykonawców, a także z protokołu postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby zarówno Odwołujący – Konsorcjum CETUS, jak i Odwołujący – Konsorcjum MULTIGAZ wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (Konsorcjum CETUS w zakresie 3. części zamówienia, Konsorcjum MULTIGAZ w zakresie części 2. Zamówienia), w których złożyli oferty, a także, że mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami ustawy pzp, które pozbawiają ich możliwości uzyskania zamówienia w tych częściach.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach, podtrzymanych na rozprawie i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 721/13 zasługuje na uwzględnienie z uwagi na zasadność pierwszego z zarzutów, natomiast odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 745/13 podlega oddaleniu.

{KIO 721/13}

I.

15

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

zarzut niewykazania przez POLDE spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia

W ocenie Izby znalazł potwierdzenie wynikający z odwołania Konsorcjum CETUS zarzut niewłaściwej oceny przez Zamawiającego, że wykonawca POLDE wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 4. s.i.w.z. Izba zważyła jednak, że z uwagi na zakres czynności podjętych przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu w toku powtórzonych czynności wykonawca POLDE może jeszcze wykazać spełnianie przywołanego warunku. Brak zatem podstaw do nakazania Zamawiającemu wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, jak chciałby tego Odwołujący.

Izba ustaliła, że zgodnie z ust. 4. rozdziału VIII. s.i.w.z. o udzielenie zamówienia w zakresie części 3. mogą się ubiegać wykonawcy, którzy: *W okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, realizowali przez okres nie krótszy, niż 1 rok (lub aktualnie realizują przez okres nie krótszy, niż 1 rok) co najmniej jedno zamówienie, odpowiadające charakterem i złożonością zakresowi przedmiotowego Zamówienia lub – w tym okresie zrealizowali zamówienia dotyczące budowy kompletnych obiektów stacji gazowej redukcyjno-pomiarowej 1° wraz z jej uruchomieniem i przeprowadzeniem prób działania i regulacji dla łącznej liczby stacji podanych w punktach odpowiednio (...) poniżej. Za zamówienie odpowiadające charakterem i złożonością zakresowi przedmiotowego Zamówienia, Zamawiający będzie uważał zamówienie polegające na wykonywaniu czynności związanych z eksploatacją lub budową kompletnych obiektów stacji gazowych wysokiego ciśnienia dla następującej liczby stacji gazowych: (...) c) Dla Części nr 3 - TJE Bielsko-Biała: 12 stacji gazowych wysokiego ciśnienia; (...). W zakresie czynności związanych z budową kompletnych obiektów stacji gazowych wysokiego ciśnienia Zamawiający dopuszcza również wykonanie pełnej modernizacji obiektu stacji gazowej redukcyjno-pomiarowej 1° wraz z jej uruchomieniem i przeprowadzeniem prób działania i regulacji.* Zamawiający podniósł na rozprawie, że istotne jest jednak również brzmienie pkt 12. ust. 1. rozdziału IX. s.i.w.z., zgodnie z którym w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale VIII. wykonawca powinien przedstawić: *Wykaz zrealizowanych (lub odpowiednio realizowanych) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówień, zgodnie z warunkiem opisanym w Rozdziale VIII ust. 4. SIWZ wraz z podaniem przedmiotu zamówienia, liczby stacji gazowych wysokiego ciśnienia, dat i miejsca wykonania zamówienia oraz odbiorców (zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do SIWZ). Ponadto do wykazu Wykonawca zobowiązany jest dołączyć dokumenty potwierdzające, że zamówienia wymienione w wykazie zostały*

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

wykonane lub odpowiednio są wykonywane należycie. Według wspomnianego wzoru wykonawca miał złożyć oświadczenie, że zrealizował zamówienia, które należało wpisać do tabeli zawierającej kolumny odpowiadające elementom wymienionym w przywołanym pkt 12.

Wykonawca POLDE załączył do swojej oferty (składanej wyłącznie na część 3. Zamówienia) wykaz na wzorze załączonym do s.i.w.z., w którym wpisał 12 pozycji, dla których załączył również dokumenty potwierdzające należyłą realizację. Zawartość tego wykazu została szczegółowo opisana w piśmie z 4 marca 2013 r., w którym Zamawiający wezwał wykonawcę POLDE w trybie art. 26 ust. 3 pzp do jego uzupełnienia o inne (nowe) zamówienia, gdyż *stwierdził, że zamówienia wymienione pod pozycją nr [8], [9], [10], [11], i [12] nie spełniają warunku postawionego przez Zamawiającego, ponieważ dotyczą stacji pomiarowej, a nie stacji gazowej redukcyjno-pomiarowej 1°. Natomiast zamówienie wymienione pod pozycją nr [2] nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego, ponieważ dotyczy stacji pomiarowo-regulacyjnej, a nie stacji gazowej redukcyjno-pomiarowej 1°.* W określonym terminie wykonawca przedstawił 7 marca 2013 r. wykaz uzupełniający obejmujący dodatkowe 9 pozycji. Z kolei ten wykaz został szczegółowo opisany w piśmie z 8 marca 2013 r., na mocy którego Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 4 pzp wykonawcę do wyjaśnień, gdyż *stwierdził, że zamówienia wymienione pod pozycją [2] i [6] budzą wątpliwości. Dla zamówienia wymienionego pod pozycją nr [2] wpisano liczbę stacji „1”, a z referencji wynika, iż zamówienie dotyczyło dwóch stacji redukcyjno pomiarowych I stopnia. Dla zamówienia wymienionego pod pozycją nr [6], z referencji nie wynika, aby zamówienie dotyczyło pełnej modernizacji obiektu stacji gazowej redukcyjno-pomiarowej I stopnia, tj. nie wymieniono w referencjach zakresu modernizacji obejmującego ciągi redukcyjne i układ pomiarowy. W związku z tym Zamawiający domagał się od Wykonawcy jednoznacznej odpowiedzi czy w poz. 2. wykazu powinna być jedna czy dwie stacje, a także, czy poz. 6 obejmowała pełną modernizację. Wykonawca odpowiedział, że w poz. 2. powinna być wpisana liczba 2 stacji. Natomiast odnośnie poz. 6. wyjaśnił, że zgodnie z projektem przedmiotowej inwestycji na terenie stacji zamontowaliśmy następujące urządzenia oraz wykonaliśmy prace: monoblok wej DN100 PN63, bateria filtrseparatorów DN100 PN63, kontenerowy ciąg obejściowy (przewód awaryjny), kontenerowa nawaniania wtryskowa, punkt pomiarowy (do pomiaru ciśnienia wyjściowego i poboru próbki gazu), podłączenie do istniejącego zasilania energetycznego oraz wymiana słupów oświetleniowych, podłączenie do uziomu technologicznego, podłączenie do istniejącego systemu AKP i telemetrii, wykonanie nawierzchni utwardzonych z bet. kostki brukowej, wykonanie nawierzchni z kruszywa łamanego 16-32 (po usunięciu nawierzchni z trawy), demontaż*

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

wyeksplotowanych urządzeń i instalacji oraz, po wykonaniu przebudowy, uruchomienie i przeprowadzenie prób działania całej stacji – łącznie z ciągami redukcyjnymi i pomiarowymi.

Zamawiający podał na rozprawie, że ostatecznie uznał na poczet spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę POLDE pozycje 1. i od 3. do 7. wykazu załączonego do oferty oraz pozycje od 1. do 3. oraz 7. i 8. wykazu uzupełnionego, przy czym dla poz. 1. tego wykazu zostały uznane wyjaśnienia wykonawcy, że dotyczyła ona dwóch stacji. Zamawiający argumentował, że przeprowadzone czynności wezwania do uzupełnienia i wyjaśnień świadczą o dokładnym badaniu przez niego spełniania przez wykonawcę POLDE warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Ponadto w przypadku wykazywania warunku na drugi ze wskazanych sposobów chodziło o budowę od podstaw, względnie pełną modernizację stacji gazowej redukcyjno-pomiarowej pierwszego stopnia. Zdaniem Zamawiającego ponieważ w pkt 12. ust. 1. rozdziału IX. s.i.w.z. wskazano 5 elementów jakie ma zawierać wykaz, w tym jeden szczególny element (liczbę stacji) w stosunku do brzmienia rozporządzenia wykonawczego do ustawy pzp w sprawie dokumentów, a zatem wykonawcy mieli obowiązek przedstawić informacje wyłącznie

w zażądanym przez Zamawiającego zakresie. W ocenie Zamawiającego nie było wymagane dokładne powtarzanie w składanym wykazie sformułowań z treści warunku. Tym bardziej referencje, służące potwierdzeniu należytego wykonania zamówień opisanych w wykazie, nie musiały odzwierciedlać brzmienia warunku. Ponadto Zamawiający podniósł, że stacja pierwszego stopnia jest obiektem budowlanym spełniającym określone wymagania techniczne i funkcjonalne, a jej istotą jest łączenie tzw. dużego gazociągu z mniejszymi gazociągami wraz z zapewnieniem redukcji ciśnienia oraz pomiarów parametrów gazu. Wobec tego nie ma możliwości, aby ukończona i odebrana stacja nie podlegała regulacjom i próbom działania, gdyż dopiero po ich przeprowadzeniu możliwy jest odbiór końcowy takiego obiektu budowlanego.

Izba nie podzieliła w pełni stanowiska żadnej ze Stron, jednakże uznała, że w okolicznościach rozstrzyganej sprawy nie ma pewności, czy wykonawca POLDE wykazał spełnianie warunku w sposób zaprezentowany przez Zamawiającego na rozprawie. Uznanie przez Zamawiającego tylko 11. spośród łącznie 21 pozycji wykazów, świadczy o tym, że w wielu innych aspektach wykonawca POLDE miał inne, mylne wyobrażenie co do tego jakie doświadczenie jest wymagane od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Wykonawca ten nie skorzystał z prawa przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a kwestia uruchomienia, przeprowadzenia prób i regulacji dla wybudowanych lub w pełni zmodernizowanych przez

18

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

wykonawcę stacji, nie była przedmiotem składanych przez niego wyjaśnień, gdyż Zamawiający o to nie pytał. Izba zważyła, że sformułowanie warunku w ust. 4. rozdziału VIII. określa jako przedmiot wykonanych zamówień zarówno budowę (lub pełną modernizację) stacji redukcyjno pomiarowej I°, jak i dokonanie jej uruchomienia, przeprowadzenia prób i regulacji. Przy czym to właśnie te ostatnie czynności miały kluczowe znaczenie, gdyż tylko doświadczenie w ich wykonywaniu powodowało uznanie takiego doświadczenia za równoważne dla doświadczenia w świadczeniu usług związanych eksploatacją stacji, które stanowią również przedmiot udzielanego zamówienia. Wobec tego nie można uznać, że w ramach krótkiego opisu przedmiotu zamówienia w wykazie składanym na potwierdzenie tak sformułowanego warunku, wykonawca nie miał obowiązku odzwierciedlenia również części warunku odnoszącej się do doświadczenia w przeprowadzaniu prób, regulacji i uruchomienia stacji. Tym bardziej nie było żadnych przeszkód, aby wykonawca, który przecież sam formułuje treść wykazu, takie informacje zamieścił. Należy również zauważyć, że nie wiadomo, czy wykonawca POLDE był w tym zakresie niekonsekwentny czy też uczynił to świadomie – ale w wielu pozycjach dotyczących budowy lub modernizacji np. poz. od 8. do 12. wykazu załączonego do oferty, które z innych powodów nie zostały uznane przez Zamawiającego) wskazał wprost na czynności regulacyjne. Tymczasem w przypadku pozycji uznanych przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia brzmi następująco: poz. 1 – *Modernizacja Węzła Częstochowa ul. Legnicka*, poz. 3 – *Budowa SRP I° Q=700 m³/h w Pilchowicach dla dzielnicy Nieborowice-śernica*, poz. 4 – *Budowa SRP I° Q=3000 m³/h wraz z przyłączami i drogą dojazdową w Sosnowcu przy ul. Sokolskiej*, poz. 5 – *Doprowadzenie gazu do budynku zakładu produkcyjnego BIOTANOL*, poz. 6 – *Doprowadzenie gazu do zasilania strefy inwestycyjnej gm. Ujazd w m. Olszowa o zakresie: budowa stacji gazowej Ist. Q= 20 000 m³/h*, poz. 7 – *Budowa SRP Ist. W Gliwicach – Sośnicy przy budowie węzła komunikacyjnego A1 – A4* (wykaz załączony do oferty), poz. 1 – *Budowa SRP I° i II° w Ćwiklicach*, poz. 2 – *Modernizacja SRP I° Skoczów ul. Wiślicka*, poz. 3 – *Przebudowa i modernizacja SRP I° i II° Łosiów*, poz. 7 – *Przebudowa SRP I° Kargowa*, poz. 8 *Kompleksowe wykonanie i dostawa SRP I° Q=2000 Nm³/h dla Stalproduktu S.A. w Bochni* (wykaz uzupełniony). Wobec braku podania przez wykonawcę POLDE w opisie tych pozycji, czy obejmowały one wspomniane czynności, wątpliwości w tym zakresie mogłyby ewentualnie usunąć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych zamówień. Jednakże takie jednoznacznie wskazanie (*Zakres zadania obejmował wymianę: (...) oraz uruchomienie i przeprowadzenie prób działania*) pojawia się tylko w przypadku referencji dotyczącej poz. 7 uzupełnionego wykazu. W pozostałych przypadkach, nawet jeżeli według treści referencji podano szczegółowy zakres prac objętych umową (np. dla poz. 1. wykazu

19

załączonego do oferty wyszczególniono kilkanaście takich punktów), czy *szczegółowy zakres prac* (np. dla poz. 1, 2 i 3 uzupełnionego wykazu – kończy się on na zagospodarowaniu terenu i potwierdzeniu solidności wykonawstwa robót budowlano-montażowych) – nie sposób wypełnić niedostatków treści wykazu sporządzonego przez wykonawcę POLDE. W ocenie Izby nie pozwala na to nawet sformułowanie *pomiar powykonawczy realizowanego zadania*, które zamieszczono w referencji dla poz. 7. wykazu załączonego do oferty. W ocenie Izby Zamawiający powinien być równie dokładny w analizowaniu treści wykazu i referencji pod tym względem, jak w przypadku badania, czy modernizacja miała charakter tzw. pełny. Przykładowo dla poz. 6. uzupełnionego wykazu Zamawiający na podstawie referencji (która akurat wprost wskazywała na *uruchomienie i przeprowadzenie prób działania*) nie uznał tej pozycji, pomimo wyjaśnień wykonawcy POLDE, że obejmowała ona uruchomienie i przeprowadzenie prób działania całej stacji – łącznie z ciągami redukcyjnymi i pomiarowymi, gdyż te ostatnie nie były przedmiotem modernizacji. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, w której Zamawiający na rozprawie nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że zdarzają się sytuacje realizacji czynności regulacyjnych i prób działania przez inny podmiot niż wykonawca robót budowlano-montażowych. Zważając na treść warunku udziału w postępowaniu, wymagającego w szczególności doświadczenia w wykonywaniu tego typu czynności, za niewystarczające należy uznać doświadczenie w budowie lub pełnej modernizacji stacji gazowej, dla której przeprowadzanie tych czynności nastąpiło przez inny podmiot, co z kolei stało się podstawą do odbioru końcowego robót budowlanych, jako wykonanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych.

Z tych względów w ocenie Izby Zamawiający przedwcześnie uznał, że wykonawca POLDE wykazał spełnianie wynikającego z treści s.i.w.z. warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie części 3. zamówienia, na którą złożył ofertę. Zamawiający winien zatem wezwać wykonawcę POLDE do złożenia wyjaśnień, czy przedmiot zamówienia wymienionych w wykazie zamówień obejmował uruchomienie i przeprowadzenie prób działania i regulacji, przy czym zakres wezwania może ograniczać się tylko do pozycji, które nie zostały wcześniej odrzucone przez Zamawiającego z innych powodów.

II.

zarzut niewykazania przez POLDE spełniania warunku dotyczącego zdolności finansowej

Natomiast Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że treść załączonej do oferty wykonawcy POLDE opinii bankowej z 13 listopada 2012 r. nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej, o którym mowa w lit. c ust. 3. rozdziału VIII. s.i.w.z. (który adekwatnie został przywołany w odwołaniu). Na rozprawie

Odwołujący znacząco przesunął akcenty, gdyż dodatkowy argument odwołania, dotyczący korzystania przez wykonawcę POLDE z gwarancji bankowych, uczynił jedyną podstawą do twierdzenia o niejednoznaczności opinii bankowej. Odwołujący słusznie wycofał się z twierdzenia, że z części opinii dotyczącej posiadanego przez wykonawcę w banku rachunku rozliczeniowego nie wynika jaką kwotą środków finansowych dysponował. Bank wprost podał, że na dzień 9 listopada 2012 r. stan środków na tym rachunku kształtuje się na poziomie minus kwota sześciocyfrowa (a zatem maksymalnie jest to niespełna 1 mln zł), przy czym na rachunku występuje zadłużenie z tytułu udzielonego kredytu w rachunku, jednak na dzień wystawienia opinii maksymalny dostępny limit tego kredytu wynosi 3 mln zł. Wykonawca miał zatem dostęp do środków na kwotę co najmniej 2 mln zł, podczas gdy dla części 3. zamówienia – na którą tylko złożył ofertę – wymagane było dysponowanie środkami finansowymi na kwotę 540 tys. zł. Oczywiście wbrew sugestii wynikającej z odwołania dostępne wykonawcy środki finansowe z udzielonego już kredytu tak samo liczą się na poczet spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak własne środki finansowe czy zdolność kredytowa określona na poczet ubiegania się o udzielenie zamówienia. Natomiast w ocenie Izby Odwołujący bezpodstawnie usiłuje wywieść, że korzystanie przez wykonawcę z gwarancji bankowych negatywnie rzutuje na wysokość dostępnej kwoty kredytu w ramach prowadzonego przez bank rachunku. Jak słusznie podniósł Zamawiający na rozprawie

z treści opinii wyraźnie wynika, że z faktem korzystania przez wykonawcę z gwarancji bankowej bank nie wiąże obciążenia stanu wymienionego powyżej rachunku rozliczeniowego. Bank jedynie dodatkowo informuje o innych produktach bankowych z jakich korzysta wykonawca (przy czym Odwołujący pominął, że wśród nich są również lokaty bankowe), w tym dla gwarancji bankowych podaje, że z tytułu udzielonych gwarancji roszczenia nie wystąpiły. Odwołujący nie był w stanie na rozprawie podać przekonujących argumentów prawnych przemawiających za jego ogólnikową tezą, że korzystanie z tego typu produktów bankowych spowodowało blokadę kwoty środków pieniężnych przez czas obowiązywania gwarancji na rachunku wykonawcy POLDE. Tymczasem zgodnie z art. 81 ust. 1 Prawa bankowego gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Z kolei z art. 84 Prawa bankowego wynika, że do gwarancji bankowej stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, z tym że zobowiązanie banku ma zawsze charakter pieniężny. W doktrynie wywodzi się, że jest to

21

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

umowa nienazwana, obejmująca zobowiązanie banku, które ma charakter abstrakcyjny, samodzielny i niezależny od innych umów, np. umowy o kredyt. Wobec tego Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby stwierdzić, że udzielenie przez bank gwarancji negatywnie wpływa na zdolność finansową wykonawcy POLDE, gdyż ocena tej zdolności prowadzona jest przez pryzmat informacji o wysokości środków finansowych lub zdolności kredytowej dostępnych wykonawcy. Tymczasem bank w opinii jednoznacznie wypowiedział się o stanie środków dostępnych wykonawcy POLDE z tytułu kredytu udzielonego w ramach prowadzonego rachunku.

III.

zarzut zaniechania odrzucenia oferty POLDE za niezgodność z s.i.w.z.

Pomimo wielości wskazanych na wstępie odwołania przepisów ustawy pzp (art. 84, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1) trzeci zarzut odwołania w istocie dotyczy poprawienia oferty wykonawcy POLDE w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp, choć przepis ten został przywołany dopiero w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący akcentuje art. 84 ust. 1, art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 pzp, dążąc do wywołania wrażenia, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego podstawowej dla postępowania o udzielenie zamówienia zasady zachowania uczciwej konkurencji, a to przez dopuszczenie do zmiany treści oferty po terminie składania ofert na skutek wniosku wykonawcy POLDE. W ocenie Izby z art. 84 pzp wynika przede wszystkim uprawnienie wykonawcy do decydowania o losach złożonej przez siebie oferty, gdyż aż do upływu terminu składania ofert może ją dowolnie zmieniać lub nawet wycofać. Zatem naruszeniem tego przepisu przez zamawiającego byłaby sytuacja, w której nie wziąłby on pod uwagę dokonanej zmiany czy uniemożliwiłby wykonawcy wycofanie złożonej oferty. Natomiast zabezpieczeniu niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert służy regulacja art. 87 ust. 1 zd. 2., z której wynika, że w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest: po pierwsze – prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, po drugie – dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w treści oferty. Przy czym pierwszy zakaz służy wytyczeniu ram dla przewidzianej w zd. 1. ust. 1. art. 87. pzp procedury uzyskiwania przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez wykonawcę oferty. Z kolei od drugiego zakazu przewidziano wprost dwa wyjątki, z których pierwszy – uregulowany w art. 87 ust. 1a – dotyczy wyłącznie trybu dialogu konkurencyjnego, natomiast drugi ma zastosowanie do wszystkich trybów. Z art. 87 ust. 2 pzp wynikają wręcz trzy niezależne od siebie wyjątki od zasady niezmienności treści oferty, polegające na tym, że zamawiający ma obowiązek dokonać poprawienia w złożonej ofercie: po pierwsze – oczywistych omyłek pisarskich, po drugie – oczywistych omyłek rachunkowych, po trzecie – innych omyłek

22

polegających na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Oczywiście najdalej idącą możliwością ingerencji w treść złożonej oferty stwarza ten ostatni wyjątek uregulowany w pkt 3. ust. 2. art. 87 pzp.

Rozstrzygając sprawę w granicach podniesionego zarzutu Izba stwierdziła, że Zamawiający – poprawiając treść oferty wykonawcy POLDE na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp – nie naruszył art. 87 ust. 1 pzp. Pomiędzy Stronami niesporne było, że brak wyceny przez wykonawcę POLDE w formularzu załącznika 1c do s.i.w.z. dla stacji Podlesie pkt 3.1. dotyczącego eksploatacji systemów detekcji gazów wybuchowych – jest niezgodne z treścią s.i.w.z. Odwołujący sam wskazał w odwołaniu, że przez ten brak treści oferty wykonawcy POLDE nie odpowiadała treści s.i.w.z., co powinno spowodować jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Wbrew jednak stanowisku Odwołującego patrząc przez pryzmat przesłanek wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła, ta niesporna niezgodność treści oferty wykonawcy POLDE z treścią s.i.w.z. – podlegała usunięciu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zostały spełnione bowiem łącznie dwie przesłanki wprost wynikające z tego przepisu: pierwsza – omyłkowy charakter niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., i druga – poprawienie tej omyłki nie spowodowało istotnych zmian treści złożonej oferty. Odwołujący w ogóle nie kwestionował tego, że pozostawienie pustego pola w kolumnie przeznaczonej na wpisanie kwoty ryczałtowej netto za jednokrotne wykonanie czynności (Odwołujący sam sprostował na rozprawie błędną informację w odwołaniu, że wpisano tam cenę 0,00 zł) jest wynikiem omyłki wykonawcy POLDE. Zważając na to, że łącznie w załączniku nr 1c do s.i.w.z. należało wypełnić kilkaset wierszy – omyłkowy, przypadkowy charakter takiego jednostkowego pominięcia wydaje się być oczywisty. Natomiast zdaniem Odwołującego poprawienie omyłki spowodowało istotną zmianę treści oferty, gdyż dotyczyło jej ceny. W zakresie tej przesłanki niewątpliwie „istotność” jako granica dopuszczalnych zmian treści oferty ma charakter nieostry. Nie oznacza to dowolności i rodzi potrzebę każdorazowej obiektywizacji oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z istotną zmianą treści oferty. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się tu zgodnie na zakaz dokonywania znaczącej ingerencji w treść oferty, która prowadziłaby do wytworzenia zupełnie nowego oświadczenia woli w stosunku do wynikającego ze złożonej oferty. W orzecznictwie Izby i sądów okręgowych przyjmuje się przy tym możliwość poprawiania oferty w zakresie *essentialiae negotii*, a więc ceny ofertowej czy przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczonego zakresu ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Patrząc przez pryzmat tych wskazań należy zauważyć, że wbrew stanowisku Odwołującego zakres koniecznych zmian jest minimalny, gdyż omyłkę popełniono w jednej pozycji spośród kilkuset, a jej poprawienie przez wycenę

tej pozycji na kwotę 2400 zł, spowodowało wręcz marginalną zmianę ceny oferty złożonej z ceną wynoszącą ponad 6 mln zł. Pozostaje zatem jeszcze do rozważenia spełnienie trzeciej przesłanki, która, choć wprost niewyrażona w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, jest z tego przepisu wyprowadzana – wiedzy zamawiającego o tym, w jaki sposób omyłkę poprawić. Wiedza ta co do zasady powinna wynikać z treści złożonej oferty, co nie wyklucza korzystania z instytucji wyjaśniania treści oferty, która nie może się jednak przerodzić w prowadzenie negocjacji z wykonawcą. Poza wszelkim sporem jest, że oświadczenie wykonawcy POLDE co do sposobu poprawiania omyłki wyprzedzało jakiekolwiek działania Zamawiającego. Co więcej – wbrew odmiennym twierdzeniom Zamawiającego na rozprawie – z protokołu komisji przetargowej wynika (protokół nr 2 z 28 stycznia 2013 r.), że uprzednio rozważała ona odrzucenie oferty wykonawcy POLDE na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp za brak wyceny wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. Dopiero po otrzymaniu od wykonawcy POLDE pisma wraz z opinią prawną, a następnie po zamówieniu dwóch kolejnych opinii prawnych, komisja przetargowa doszła do wniosku, że jednak jest to omyłka podlegająca poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Nie ma to znaczenia, gdyż obiektywnie Zamawiający dokonując wszechstronnego badania złożonej oferty mógł ustalić, że we wszystkich innych stacjach, w których w pkt 3.1. występuje wyłącznie eksploatacja systemów detekcji gazów wybuchowych (a miejsc takich jest blisko 20) – została ona wyceniona jednostkowo kwotą ryczałtową w wysokości 800 zł. Gdyby Zamawiający miał

jeszcze jakieś wątpliwości co do takiego sposobu poprawienia, mógłby wystąpić w trybie art. 87 ust. 1 pzp o złożenie wyjaśnień. Ponieważ wykonawca POLDE z własnej inicjatywy ich udzielił, taka potrzeba nie wystąpiła. W żaden sposób nie oznacza to, że doszło do negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą POLDE. Natomiast dokonana zmiana treści oferty znajduje podstawę prawną w art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp, a sposób poprawienia nie był dowolny i znajduje oparcie w treści oferty dotyczącej analogicznych pozycji, w tym również dla stacji znajdujących się w formularzu bezpośrednio przed i po stacji Podlasie. Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że ponieważ omyłka z art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp nie jest oczywista, w przeciwieństwie do omyłki pisarskiej i rachunkowej, również sposób jej poprawienia nie musi być tak oczywisty, lecz może wymagać interpretacji treści oferty, nawet z uwzględnieniem wyjaśnień wykonawcy, który ją złożył.

{KIO 721/13}

IV.

zarzut niezasadnego wykluczenia z postępowania Konsorcjum MULTIGAZ

Odwołujący – Konsorcjum MULTIGAZ niesłusznie zarzucił Zamawiającemu, że bezpodstawnie został wykluczony z postępowania. Przywołane powyżej uzasadnienie

24

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

decyzji Zamawiającego było wyczerpujące i adekwatne do zaistniałego stanu faktycznego. *De lege lata* ustawa pzp w art. 26 ust. 2a wprost wskazuje, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać, nie później niż na dzień składania ofert, brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Konsorcjum MULTIGAZ nie załączyło do oferty dla Zakładu Elektroenergetycznego H. Cz. ELSSEN S.A. z siedzibą w Częstochowie informacji z Krajowego Rejestru Karnego („KRK”) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp, czyli potwierdzającej brak orzeczenia wobec tej spółki zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione. Natomiast w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia tego dokumentu, Odwołujący złożył informację potwierdzającą taką niekaralność, ale na dzień przypadający kilka dni po dacie wezwania i tydzień po upływie terminu składania ofert. Tymczasem *de lege lata* z art. 26 ust. 3 pzp wprost wynika, że złożone na wezwanie dokumenty winny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W odwołaniu podniesiono kilka, czasem sprzecznych ze sobą, okoliczności i argumentów, które można sprowadzić do następujących tez:

- oświadczenie wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu jest wystarczające, gdyż jest złożone pod rygorem odpowiedzialności karnej;
- informacja z KRK, choć wystawiona kilka dni po dacie złożenia oferty, zawiera zapisy o sprawdzeniu niekaralności na dzień składania ofert;
- informacja z KRK zaświadcza stan na dzień jej udzielenia, poświadcza również taki stan na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, co ma wynikać z wykładni celowościowej art. 26 ust. 3 pzp;
- brak możliwości uzyskania informacji z KRK potwierdzającej stan na dzień wcześniejszy należy uznać za sytuację niewydawania wymaganego dokumentu uprawniającą do złożenia zastępczego dokumentu w postaci oświadczenia przed odpowiednim organem, co ma wynikać z art. 45 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej);
- informacja z KRK w zakresie okoliczności z art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp jest zbędna wobec złożenia dla członków zarządu aktualnych informacji o niekaralności.

Co do okoliczności faktycznych, wbrew temu co podano w odwołaniu, uzupełniona przez Odwołującego informacja z KRK nie zawiera żadnych zapisów wskazujących na sprawdzenie niekaralności na dzień składania ofert. W szczególności złożenie zapytania o dokonanie takiego sprawdzenia, wobec treści adnotacji urzędowej jednoznacznie

25

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

wskazującej na niefigurowanie w kartotece karnej na dzień 4 lutego 2013 r., nie ma żadnego znaczenia. Odnosnie *samowystarczalności* złożonego wraz z ofertą oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, Odwołujący zdaje się zapominać, że złożenie takiego oświadczenia może być wystarczające tylko w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych, pod warunkiem, że zamawiający nie zażąda dodatkowo złożenia dokumentów potwierdzających niekaralność. Wartość zamówienia w przedmiotowym zamówieniu jest powyżej progów unijnych, a Zamawiający uczynił zadość wynikającemu z art. 26 ust. 1 pzp obowiązкови zażądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby wykładnia celowościowa art. 26 ust. 3 pzp nie może zmienić obiektywnej okoliczności, że w obowiązującym stanie prawnym informacja z KRK potwierdza stan rzeczy na dzień jej udzielenia. Wykładnia odmienna jest również nieuzasadniona wobec jednoznacznej i zrozumiałej treści przepisu z zastosowaniem wykładni językowej. Ponadto należy zauważyć, że ustawodawca zrezygnował z poprzedniej regulacji dopuszczającej możliwość potwierdzenia spełniania warunków udziału na późniejszy dzień, niż upływ terminu składania ofert. Odwołujący w sposób zupełnie dowolny i nieuzasadniony ani brzmieniem przepisu dyrektywy klasycznej, ani odpowiadającemu mu § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zrównuje szczególną sytuację niemożności uzyskania informacji z KRK potwierdzającej stan na dzień wcześniejszy, z sytuacją braku wydawania w ogóle dokumentu danego rodzaju w obowiązującym na danym terenie porządku prawnym. Z całą stanowczością należy również stwierdzić, że nie takiego nie wynika z przywołanego w odwołaniu fragmentu uzasadnienia wyroku Izby, wręcz przeciwnie – podkreślono w nim prymat dokumentu urzędowego nad oświadczeniem złożonym przed odpowiednim organem. Odwołujący nie uznał również za stosowne skorzystać z przyznanego sobie uprawnienia ani w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, ani na etapie składania odwołania, zapowiadając jedynie złożenie w przyszłości *oświadczenia przed organem, że na określony dzień* nie miał zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Jak się okazało na rozprawie, Odwołujący nie dysponował odpisami dla Zamawiającego i Przystępującego, choć był do tego zobowiązany z mocy § 24 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, z późn. zm.). Odwołujący tłumaczył się tym, że z powodu nieobecności członków zarządu nie mógł wcześniej uzyskać oświadczenia złożonego przez nich przed notariuszem. Należy również zauważyć, że Odwołujący usiłuje w ten sposób uzyskać możliwość dwukrotnego

26

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

uzupełniania tego samego braku, co zgodnie z powszechnie uznawaną wykładnią art. 26 ust. 3 pzp jest niedopuszczalne. Wreszcie Odwołujący bezskutecznie usiłuje wywieść, że złożenie informacji o niekaralności dla członków zarządu oznacza również potwierdzenie braku orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia w stosunku do reprezentowanej przez nich spółki. Wbrew mylnemu wyobrażeniu Odwołującego w żaden sposób nie potwierdza tego rozumowania przywołany przez niego obszerny fragment uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Opolu. Wynika z niego wprost, że podstawą odpowiedzialności podmiotów zbiorowych jest skazanie prawomocnym wyrokiem nie tylko członka zarządu, ale każdej osoby fizycznej działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnień i obowiązków do jego reprezentowania, a zatem np. prokurenta lub pełnomocnika, a nawet każdej osoby fizycznej dopuszczonej do takiego działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub obowiązków przez osobę reprezentującą podmiot albo działającej za zgodą lub wiedzą reprezentującego. Podsumowując – członkowie zarządu stanowią tylko element zbioru osób fizycznych, których czyny zabronione mogą spowodować odpowiedzialność karną podmiotu zbiorowego. Nie zachodzi zatem sytuacja, że ustawodawca w sposób zbędny nakazał żądanie odrębnej informacji z KRK w zakresie okoliczności opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp, choć można to ustalić na podstawie informacji z KRK dotyczących osób wchodzących w skład organu zarządzającego podmiotu zbiorowego. Należy również zauważyć, że nie wiadomo na czym miałyby polegać dyskryminacja Odwołującego kosztem wykonawców z innych krajów UE, gdyż

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego oferty złożyli wyłącznie wykonawcy krajowi.

Stanowisko Izby w tej sprawie znajduje oparcie w jednolitej linii orzecniczej Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok z 16 marca 2011 r., sygn. akt KIO 474/11; wyrok z 13 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 413/12, KIO 414/12; wyrok z 15 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1111/12).

V.

zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum CETUS

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że Odwołujący – który sam złożył ofertę tylko na 2. i 4. część zamówienia – wnosząc odwołanie mógł mieć interes do ponoszenia zarzutów tylko w zakresie części 2., gdyż w części 4. nie zakwestionował wykluczenia z postępowania za niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz odrzucenia oferty za sprzeczność jej treści z treścią s.i.w.z.

W ocenie Izby zawarte w odwołaniu okoliczności uzasadniające rzekome zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum CETUS są na tyle lakoniczne i

27

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

ogólnikowe, że nie tworzą zarzutu, który mógłby zostać uwzględniony. Odwołujący poprzestał na zestawieniu z trzech ofert wysokości stawek godzinowych za – jak to nazwał – roboty dodatkowe oraz wysokości ryczałtu za koszty dojazdu, które w ofercie Konsorcjum CETUS (odpowiednio 15 zł i 90 zł dla 2. części zamówienia) są kilka razy niższe niż w ofercie wykonawcy POLDE (odpowiednio 40 zł i 222 zł dla 3. części zamówienia) czy w ofercie Odwołującego (odpowiednio 80 zł i 300 zł dla 2. części zamówienia). Odwołujący nie pokusił się o jednak choćby o próbę wykazania, że powyższe stawki z oferty Konsorcjum CETUS są nierealne, wywodząc to wyłącznie z faktu zaistnienia wspomnianych różnic pomiędzy ofertami. Ponadto odwołanie w ogóle nie zawiera sprecyzowania na czym miałyby polegać czyn nieuczciwej konkurencji, którego miało się dopuścić Konsorcjum CETUS składając swoją ofertę z takimi stawkami. Izba zauważyła, że olbrzymia liczba przywołanych w odwołaniu orzeczeń, w których pojawia się szeroko rozumiana problematyka rażąco niskiej ceny, pozostaje w rażącej dysproporcji w stosunku do własnych wywodów Zamawiającego i w żaden sposób nie prowadzi do skonkretyzowania zarzutów, które Odwołujący chciał podnieść.

Izba ustaliła, że na część 2. zamówienia zostały złożone tylko dwie oferty: Odwołującego z ceną 2.554.516,28 zł i Konsorcjum CETUS z ceną 3.229.748,15 zł. W konsekwencji wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający niewątpliwie wybrał zatem ofertę z wyższą ceną niż cena oferty Odwołującego. Już z początkowej części opisu zawartego w rozdziale III s.i.w.z. wynika, że przedmiotem zamówienia objęte jest wykonywanie czynności eksploatacyjnych na stacjach gazowych, które podzielono na czynności standardowe i czynności niestandardowe. Z kolei na podstawie przygotowanych wzorców umownych (stanowiących załączniki do s.i.w.z.) ustalić można, że o ile czynności standardowe mają charakter stałych czynności, których okresowe wykonywanie jest konieczne w toku normalnej eksploatacji stacji, o tyle czynności niestandardowe mają charakter doraźny, a ich wystąpienie uzależnione jest od wystąpienia awarii, *niezgodności eksploatacyjnych*, przeprowadzania robót sieciowych lub wyłączenia z ruchu czy wystąpienia innych potrzeb po stronie Zamawiającego. Jednocześnie na potrzeby oceny ofert w ramach kryterium cenowego Zamawiający w rozdziale XVII s.i.w.z. przewidział wyliczenie ceny oferty z uwzględnieniem podanego przez niego zakresu ilościowego zarówno czynności standardowych, jak i czynności niestandardowych. W szczególności dla tych drugich podana została liczba roboczogodzin i liczba dojazdów, którą należy przyjąć przy kalkulowaniu stawki z 1 roboczogodzinę pracy i stawki za 1 dojazd w obie strony. Niezależnie zatem ukształtowania ceny oferty w podziale na czynności standardowe i niestandardowe, to łączna ich wycena stanowiła cenę oferty podlegającą

28

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

porównaniu w ramach jedyne go kryterium oceny ofert.

Na podstawie treści odwołania nie sposób ustalić z jakiego powodu Zamawiający miałby powziąć wątpliwości czy oferta Konsorcjum CETUS zawiera rażąco niską cenę. Nie wiadomo również, czy Odwołujący dopatrywał się w tym zakresie zaniechania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp czy też Odwołujący zarzuca, że została wybrana oferta podlegająca odrzuceniu, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na wstępie odwołania w zbiorczym wycenieniu przepisów wskazano jedynie na art. 90, jednak żadnego wyraźnego żądanie nie zostało sprecyzowane ani w odwołaniu, ani na rozprawie. Jednocześnie o ile bezpośrednio pod wskazaniem okoliczności faktycznych odwołanie zawiera powołanie się na opinię Prezesa UZP i jedno orzeczenie Izby dotyczące stosowania art. 90 ust. 1 pzp, o tyle następnie obszernie cytując (na ponad 6. stronach) poglądy doktryny oraz kilkanaście orzeczeń Izby i sądów okręgowych, które dotyczą się problematyki oceny złożonych wyjaśnień, a zatem stosowania art. 90 ust. 2 i 3 pzp. Ponieważ niesporna, a wręcz niepodważalna, jest okoliczność, że Konsorcjum CETUS nie było wzywane do złożenia takich wyjaśnień, Izba pominęła te cytaty, gdyż nie wiadomo jaki mają one związek z zarzutami odwołania. Izba podziela utrwalone w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, że podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp musi zostać poprzedzone procedurą wyjaśnień przewidzianą w art. 90 pzp. Jednocześnie ewentualne próby antycypowania negatywnego rezultatu takiego badania, należy uznać za bezskuteczne, gdyż w przeciwnym razie nie miałyby one żadnego merytorycznego znaczenia, stanowiąc wymaganie czysto formalne. Wezwany w trybie art. 90 ust. 1 pzp wykonawca musi mieć rzeczywistą możliwość wykazania w sposób wynikający z przepisu art. 90 ust. 2 pzp, że zaoferowana cena jest w jego przypadku realna i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia.

{KIO 721/13 i KIO 745/13}

Mając powyższe na uwadze, Izba:

- stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania w części 3. Zamówienia – i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji,
- działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaliczając do tych kosztów uiszczone przez Odwołującego – Konsorcjum CETUS i Odwołującego – Konsorcjum

29

Sygn. akt: KIO 721/13 KIO 745/13

MULTIGAZ wpisy i uzasadnione koszty Stron związane z wynagrodzeniem pełnomocników – zgodnie z § 3 pkt 1 i 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. Nr 41, poz. 238), a ponadto:

- obciążając kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 721/13 Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – zasądzone na rzecz Odwołującego – Konsorcjum CETUS kwotę odpowiadającą wysokości uiszczonego przez niego wpisu oraz jego uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, z ograniczeniem wysokości tego ostatniego do kwoty 3600 zł, w stosunku do rachunku złożonego na rozprawie;
- obciążając kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 745/13 Konsorcjum MULTIGAZ, od którego – zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia – zasądzone na rzecz Zamawiającego jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzone złożonym na rozprawie rachunkiem.

Przewodniczący:

30