

J-

Sygn. akt XXIII GA 39/09

WYROK

W IMIENIU RZECZNIKA ZASTĘPCY

Dnia 19 lutego 2009 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, Wydział XXIII Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - SSO Bernard Litwiniec (spr.)
Sędziowie SSO Jolanta Stępień - Kordiał

SSO Andrzej Górąj

Protokolant apl. adw. Paweł Niedziński

po rozpoznaniu w dniu 19 lutego 2009 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum ABB Sp. z o.o. w Warszawie i Przedsiębiorstwo
Robót Inżynierskich „POL-AQUA” S.A. w Piasecznie

z udziałem przeciwnika skargi Operatora Gazociągów Przemysłowych Gaz-
System S.A. w Warszawie

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia
publicznego wniesionej od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2
grudnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1315/08

I. zmienia zaskarżony wyrok i unieważnia wykluczenie Konsorcjum ABB Sp. z
o.o. w Warszawie i Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „POL-AQUA” S.A.
w Piasecznie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego -
zamówienia sektorowego na „budowę pod klucz Tłoczni Jarosław II dla
zadania inwestycyjnego Modernizacja Tłoczni Jarosław II”

^AWGINALE WŁAŚCIWE PODPISY

zł "> u*1" X/ Sekretarł

M „yy

UZASADNIENIE

Zamawiającego Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz - System S.A. w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na budowę pod klucz Tłoczni Jarosław II dla zadania inwestycyjnego „Modernizacja Tłoczni Jarosław II”.

Wyrokiem z dnia 2 grudnia 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez Konsorcjum ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” S.A. w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz - System S.A. w Warszawie protestu z dnia 28 października 2008 r.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji III.2.3) pkt 1 zamawiający wskazał, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedną dostawę wraz z montażem i rozruchem zestawu sprężarkowego podobnego typu (gazowy silnik wraz ze sprężarką tłokową) o mocy jednostkowej powyżej 1 MW. Zamawiający żądał dołączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazu wykonanych zamówień, zgodnie z wymaganiami zawartymi w sekcji III.2.30 pkt 1, wraz z podaniem wartości, przedmiotu zamówienia, daty wykonania i odbiorców. Do zamówienia należało załączyć dokument potwierdzający, że zamówienia zostały wykonane należycie.

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca ABB Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” S.A. w Warszawie dołączył List Referencyjny oraz Protokół odbioru końcowego na potwierdzenie, że wykonane przez nią w przeszłości zamówienia zostały należycie wykonane. Z Listu Referencyjnego wynika, iż dostawa i montaż zestawu sprężarkowego gazu ziemnego do Kopalni Gazu Ziemnego Wilków zostały zrealizowane sprawnie i należycie. Zaś w protokole odbioru końcowego z dnia 8 maja 2008 r. znajduje się uwaga o treści „stwierdza się nie osiągnięcie zakładanej wydajności agregatu sprężającego (...)”.

Zamawiający uznał, iż dokumenty dołączone do wniosku nie potwierdziły stawianego warunku i wezwał wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów

w trybie art. 26 ust. 3 Prawo zamówień publicznych, zakreślając termin na uzupełnienie do dnia 26 września 2008 r., godz. 10.00.

W zakreślonym terminie w dniu 24 września 2008 r. wykonawca złożył wyjaśnienia, wskazując, iż przedmiotem umowy nr 01/ABB/Wilków/06 było wykonanie, dostawa wraz z montażem i rozruchem agregatu sprężarkowego, dołączając jednocześnie dokumenty potwierdzające realizację zastrzeżeń zgłaszanych w uwadze protokołu. Z protokołu z prac modernizacyjnych z dnia 2-4 września 2008 r. stwierdzono, że testy wydajnościowe pracy sprężarki wykonane po pracach modernizacyjnych potwierdzają uzyskanie oczekiwanych parametrów aktualnej eksploatacji KGZ Wilków.

Po dokonaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wg W przyjętych kryteriów zamawiający uznał, iż zamówienie zostało należycie

zrealizowane, ale po dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. po dniu 5 lipca 2008 r. Pismem z dnia 17 października 2008 r. poinformował wykonawców o wynikach oceny oraz o wykluczeniu Konsorcjum ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo

Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” S.A. w Warszawie.

W dniu 28 października 2008 r. wykonawca Konsorcjum ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” S.A. w Warszawie złożył protest. Wskazał, że ta sama realizacja - Rozbudowa Tłoczni Wilków, której Inwestorem było Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., a wykonawcą Stalbud Tarnów Sp. z o.o. (odwołujący był podwykonawcą) stała się podstawą wykluczenia z postępowania Konsorcjum ABB, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Inwestor stwierdził, że realizacja została wykonana w terminie i należycie. Protokół został podpisany, co oznacza, że zakończyła się realizacja inwestycji, a także, że wszelkie wady i usterki mogące mieć wpływ na funkcjonowanie inwestycji zostały usunięte. W ocenie odwołującego działanie zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców, bowiem nie można traktować w różny sposób tej samej inwestycji stwierdzając, że Konsorcjum Stalbud spełnia warunek, a Konsorcjum ABB warunku nie spełnia. Pismem z dnia 7 listopada 2008 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

Dokonując powyżej przedstawionego ustalenia stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza uznała odwołanie Konsorcjum ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” S.A. za niezasadne. W uzasadnieniu swojego wyroku wskazała na przepis art. 22 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych stanowi, iż

obowiązkiem wykonawcy jest złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz wszelkich dokumentów podmiotowych wymaganych przez zamawiającego, a niedochowanie tych obowiązków skutkuje wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w/w ustawy. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dokumenty, jakie odwołujący załączył do wniosku jak i do wyjaśnień z dnia 23 września 2008 r. nie potwierdzają, że zamówienie zostało wykonane należycie. Protokół odbioru końcowego z dnia 8 maja 2008 r. zawiera bowiem zastrzeżenia do wykonanych robót. Zamawiający zawarł w nim uwagę, że stwierdza się nie osiągnięcie zakładanej wydajności agregatu sprężającego. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że dokumenty, jakie odwołujący się załączył zarówno do wniosku, jak i wyjaśnień z dnia 23 września 2008 r. nie potwierdzają, że zamówienie zostało wykonane należycie. Nie zrealizowanie tego wymogu do dnia podpisania protokołu wyklucza możliwość W uznania, że zamówienie zostało należycie zrealizowane. Dołączony protokół z prac modernizacyjnych sprężarki z dnia 23 września 2008 r. potwierdza wprawdzie wykonanie prac modernizacyjnych sprężarki, jednakże został on podpisany jedynie przez przedstawicieli firmy ABB Sp. z o.o., ze strony Kopalni KGZ Wilków nikt protokołu nie podpisał. Jest to więc jednostronne oświadczenie wiedzy niepotwierdzone przez drugą stronę.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała zatem, że odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku stawianego przez zamawiającego dotyczącego zrealizowania co najmniej jednej dostawy wraz z montażem i rozruchem zestawu sprężarkowego podobnego typu (gazowy silnik wraz ze sprężarką tłokową) o mocy jednostkowej powyżej 1 MW, a zatem należy wykluczyć uznanie wykonanej przez odwołującego inwestycji za wykonaną należycie.

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Konsorcjum ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” S.A., zaskarżając wyrok w całości i wyrokowi zarzucił:

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych przez brak odniesienia się przez Izbę do naruszenia w/w przepisu, który stanowił podstawę wniesienia środków ochrony prawnej, oraz pominięcie okoliczności, nierównego traktowania wykonawców w obliczu legitymowania się tą samą realizacją przez dwóch uczestników postępowania, a co za tym idzie odmienne stanowisko w zakresie tych samych dokumentów,
- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, że pomimo

przedstawienia dowodów na brak istnienia podstaw do wykluczenia Konsorcjum z postępowania uznano, że dokumenty nie potwierdzają, że zamówienie zostało wykonane należycie,

- naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 188 ust. 6 ustawy, polegające na niedokonaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, w szczególności braku odniesienia się do całości dokumentów, w tym w szczególności Protokołu Odbioru Końcowego dla firmy Stalbud Tarnów Sp. z o.o. w zakresie zakończenia inwestycji,
- art. 188 ust. 6 ustawy poprzez błędne ustalenie stanu faktycznego, w tym w szczególności pominięcie kwestii dotyczących pozytywnych referencji wydanych przez PHNIG dla Stalbud Tarnów Sp. z o.o., w zakresie dostawy, montażu i rozruchu

W agregatu sprężającego,

- art. 190 ust. 2 i art. 191 ust. 3 ustawy, polegające na błędnym ustaleniu stanu faktycznego poprzez dopuszczenie do zmiany przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego co do wykluczenia skarżącego,
- art. 192 ust. 2 ustawy, polegające na niewskazaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą podstawy faktycznej, w tym niewskazaniu faktów, które uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł oraz przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania skarżącego, przez uznanie, że Konsorcjum Firm ABB Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” S.A. nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz skarżącego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych oraz kosztów poniesionych w związku z rozpoznaniem odwołania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

Należy podzielić zarzut dotyczący naruszenia prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, że, mimo przedstawienia dowodów na brak istnienia podstaw do wykluczenia Konsorcjum z postępowania, uznano, że dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania przez nie zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego w istocie było wystarczające powołanie się przez odwołującego na protokół odbioru końcowego

z dnia 8 maja 2008 r. To, że znajduje się w nim uwaga o treści „stwierdza się nie osiągnięcie zakładanej wydajności agregatu sprężającego (...)” nie przesądza jeszcze, jak przyjęto w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że Konsorcjum Firm ABB Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” S.A. nie wywiązało się z obowiązku wykazania spełnienia warunku stawianego przez zamawiającego dotyczącego zrealizowania co najmniej jednej dostawy wraz z montażem i rozruchem zestawu sprężarkowego podobnego typu (gazowy silnik wraz ze sprężarką tłokową) o mocy jednostkowej powyżej 1 MW. Należał mieć bowiem na uwadze, że wspomniany wyżej protokół ma charakter odbioru końcowego. Wprost wynika to z jego treści, ponadto nie był przewidziany w nim jakiegokolwiek kolejny odbiór przedmiotu zamówienia. Z akt sprawy nie wynika także, ażeby po 8 maja 2008 r. doszło do jakiegokolwiek ponownego odbioru przedmiotu zamówienia. Zawarta w omawianym ngf? protokole uwaga dotycząca nie osiągnięcia zakładanej wydajności agregatu sprężającego z całą pewnością nie została potraktowana jako wada w realizacji zamówienia. W przeciwnym wypadku protokół w sposób wyraźnie zobowiązałby wykonawcę do jej usunięcia w określonym terminie oraz przewidywałby skutki braku usunięcia wady. Tymczasem protokół nie zawiera takiego zastrzeżenia, a jedynie ABB

S.A. zobowiązane zostało do przedstawienia procedury wraz z technologią dojścia do gwarantowanego parametru wydajności niespełnionego podczas testu 72 h w terminie do 30.06.2008 r. oraz do pełnienia serwisu gwarancyjnego. Bez znaczenia jest zatem okoliczność wskazana przez Krajową Izbę Odwoławczą, że dołączony protokół z prac modernizacyjnych sprężarki z dnia 23 września 2008 r., odebrany przez kierownika Kopalni KGZ Wilków, został podpisany jedynie przez przedstawicieli firmy ABB Sp. z o.o., natomiast ze strony Stalbud Tarnów Sp. z o.o. nikt protokołu nie podpisał. Oświadczenie nie zostało wprawdzie potwierdzone przez przedstawiciela Stalbud Tarnów Sp. z o.o., ale ten fakt tylko potwierdza, że osiągnięcie gwarantowanego parametru wydajności nie było traktowane przez tego ostatniego jako usunięcie wady przedmiotu zamówienia, które wymagałoby jego udziału w kolejnym odbiorze. Należało mieć na uwadze, że Stalbud Tarnów Sp. z o.o. nie uzależniał w jakiegokolwiek mierze wypłatę wynagrodzenia ABB S.A. - obejmującego także rozruch urządzenia, od osiągnięcia wspomnianych wcześniej parametrów i nie żądał nigdy odbioru przedmiotu zamówienia ze swoim udziałem. Nie bez znaczenia jest wreszcie, że w treści rozstrzygnięcia protestu zamawiający stwierdził, iż zamówienie zostało należycie wykonane, tyle tylko, że po 5.07.2008 r. Nie wskazał jednak, ażeby po tej dacie doszło do jakiegokolwiek odbioru z udziałem Stalbud Tarnów Sp. z o.o. bądź

inwestora. Sąd Okręgowy uznał, że Krajowa Izba Odwoławcza nie wzięła także pod uwagę w wystarczającym stopniu okoliczności, że w referencjach dla firmy Stalbud Tarnów Sp. z o.o. zadanie inwestycyjne w zakresie dostawy i montażu zestawu sprężającego było tożsame z realizacją tego punktu inwestycyjnego przez skarżącego. Trudno zatem nie zgodzić się ze skargą, która zarzuciła rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej naruszenie art. 7 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych, 1) raźnie wskazuje skarżące Konsorcjum, że protokół odbioru końcowego sporządzony w dniu 27.03.2008 r. pomiędzy PGNiG S.A. w Warszawie jako inwestorem a Stalbud Tarnów Sp. z o.o. jako wykonawcą stanowi załącznik (nr) protokołu odbioru końcowego z dnia 8.05.2008 r. Oba protokoły zawierają identyczne uwagi w zakresie odnoszącym się do wydajności agregatu, a mimo to obiekt został oddany do eksploatacji. To także świadczy, że strony podpisujące wspomniane protokoły uznały, że uwagi dotyczące wydajności agregatu nie dotyczącego wad czy usterek uniemożliwiających prawidłowe funkcjonowanie obiektu. Inwestor uznał zatem, że omawiany w tym miejscu zakres inwestycji, obejmujący zadanie zrealizowane przez ABB S.A. został należycie zrealizowany już w chwili odbioru w dniu 27.03.2008 r. i wydał referencje dla Stalbud Tarnów Sp. z o.o. w dniu 15.04.2008 r., a zatem jeszcze przed 8.05.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w swoich rozważaniach pominęła także, iż w umowie z dnia 27.07.2007 r. zawartej pomiędzy Stalbud Tarnów Sp. z o.o. a ABB S.A. przewidziano, iż protokół odbioru końcowego miał być podpisany przez zamawiającego po usunięciu usterek i braków wskazanych w protokole odbioru technicznego. Podpisanie zatem wspomnianego wyżej protokołu odbioru końcowego potwierdza stanowisko skarżącego, które wiąże ten fakt z zakończeniem inwestycji i

W usunięciem wszelkich wad i usterek mogących mieć wpływ na prawidłowe

funkcjonowanie odebranej inwestycji.

Mając powyższe na uwadze zaskarżony wyrok z mocy art. 198 ust.2 zdanie drugie ustawy prawo zamówień publicznych należało zmienić zgodnie ze stanowiskiem skarżącego.

O kosztach postępowania postanowiono w myśl art. 198 ust.5 tej ustawy.