

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 września 2012 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, X Wydział Gospodarczy

w składzie

Przewodniczący Sędzia SO Leszek Guza

Sędzia SO Małgorzata Korfanty
Sędzia SO Barbara Przybyła (spr.)

Protokolant Aleksandra Ciesińska

po rozpoznaniu w dniu 24 września 2012 roku w Gliwicach

na rozprawie

sprawy ze skargi Foster Wheeler Energia Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

przeciwko zamawiającemu Spółce Energetycznej JASTRZĘBIE S.A. w Jastrzębiu Zdroju
o zapłatę

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2012 r.

sygn. akt KIO UZP 802/12

1. oddala skargę;
2. zasądza od skarżącego Foster Wheeler Energia Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz przeciwnika skargi Spółki Energetycznej JASTRZĘBIE S.A. w Jastrzębiu Zdroju kwotę 1.217,00 (jeden tysiąc dwieście siedemnaście 00/100) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania wywołaniem skargi.

SSO Barbara Przybyła

Ga 128/12

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadził w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego budowę kogeneracyjnego bloku fluidalnego CFB o mocy zainstalowanej brutto ok. 75 MWe w Elektrociepłowni Zofiówka w Spółce Energetycznej "Jastrzębie" S.A. w Jastrzębiu.

Zaskarżonym wyrokiem KIO w zakresie dotyczącym odwołania wniesionego przez Foster Wheeler Energia Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: spółka), oddaliła odwołanie tego wykonawcy.

W uzasadnieniu wyroku KIO wskazała, że w odwołaniu zarzucono naruszenie przepisu art. 57 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej pzp) poprzez zaniechanie rzetelnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i niepoinformowanie wykonawców, w sposób wyczerpujący o wynikach oceny spełnienia warunków udziału i otrzymanych ocenach, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy "Budimex" S.A. z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania a odnośnie do wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia jako konsorcjum spółek "Energoinstal", naruszenie przepisu art. 7 pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący domagał się w skardze nakazania znawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy "Budimex" S.A. w Warszawie, powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w jego wyniku uznanie, iż Konsorcjum Energoinstal S.A. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie kwalifikuje się do dalszego etapu postępowania.

W odwołaniu spółka zarzucała, że wykonawca Budimex SA polegając na doświadczeniu podmiotu trzeciego - spółki Mesto Power Oy, przedstawił referencje wystawione dla tej spółki, które nie obejmowały montażu kotła - a jedynie "zaprojektowanie, wyprodukowanie dostawę i rozruch" (list, wystawiony przez ADM Nebraska) bądź "zaprojektowanie wyprodukowanie oraz dostawę" (list ADM Clinton), "zaprojektowanie wyprodukowanie, dostawę rozruch oraz przekazanie do eksploatacji" (referencje Celuloza Arauco y Constitution), oraz podobnie opisane referencje spółki Roquette America Inc. Odwołujący zarzucał, iż zakres prac nie obejmował zatem montażu kotłów. Ponadto generalnym wykonawcą dla spółek ADM i Roquette America całości prac pod klucz były inne podmioty. W ocenie odwołującego spółka Budimex nie potwierdziła spełnienia wymagań określonych w pkt 1A lb) sekcji III. 2.3. Zweryfikowanie podanych przez wykonawców oświadczeń jest obowiązkiem zamawiającego, zaś zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 57 ust.1 pzp.

Odwołujący zarzucał także nierzetelną ocenę wniosków złożonych przez konsorcjum spółek "Energoinstal" S.A., Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Skobud Spółki z o.o. oraz Piecoexport - Piecobud S.A. (dalej konsorcjum "Energoinstal"). Także to konsorcjum powoływało się na doświadczenie podmiotu trzeciego - spółki Mesto Power Oy. Referencje wystawione dla tej spółki przez spółkę Celuloza Auraco y Constitution S.A. w Las Condez wskazują że prace nie obejmowały montażu kotła fluidalnego. Wniosek o dopuszczenie do postępowania powinien zostać wykluczony jako zawierający nieprawdziwe informacje. Także referencje wystawione przez elektrownię EnBW Proppower GmbH dla podmiotu trzeciego, którym miało posłużyć się konsorcjum, nie potwierdzają spełnienia warunków udziału, bowiem nie jest możliwe, aby wskazany kocioł osiągnął wymagany parametr mocy cieplnej 155MW, wykluczają to pozostałe parametry kotła. Także w tym zakresie informacje podane w liście referencyjnym są nieprawdziwe a wykonawcy także z tego powodu powinni być wykluczeni na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 pzp

Ponadto odwołujący ponosił, iż Konsorcjum powoływało się na wiedzę i doświadczenie spółek Andritz & Envoironment oraz Mesto Power Oy, których zakresy działania wzajemnie się wykluczają i jednoczesny udział w realizacji zadania przez oba te podmioty jest niemożliwy, nie istnieje realna możliwość wykorzystania wiedzy i doświadczenia jednocześnie obu tych podmiotów, ze względów technologicznych. W ocenie odwołującego te referencje w ogóle nie powinny podlegać ocenie przez zamawiającego. Odmienne sytuacja byłaby możliwa wyłącznie w przypadku gdyby takie podmioty należały od jednej grupy kapitałowej i współpraca dwu lub więcej podmiotów byłaby prawdopodobna.

Oddalając odwołanie KIO uznała, że spółka Foster Wheeler ma interes w uzyskaniu zamówienia i fakt zakwalifikowania jej do dalszego udziału w postępowaniu nie pozbawia go legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Interes w uzyskaniu zamówienia przez niewykluczonego wykonawcę wiąże się z faktem, iż może nie uzyskać zamówienia i tym samym ponieść szkodę w sytuacji gdy zamówienie byłoby udzielone innemu wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Izba ustaliła, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu została dokonana przez zamawiającego prawidłowo. Brak podstaw do

uznania podanych przez nich informacji za nieprawdziwe. Odwołujący nie przedstawił dowodów nieprawdziwości złożonych oświadczeń. Izba nie uwzględniła wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność mocy kotła bowiem opinia ta, podobnie jak wyliczenia dokonane przez strony, prowadziłyby do uzyskania informacji co do parametrów w oparciu o domniemane założenia a nie do ustalenia faktu. Izba wskazała, że treść dokumentów potwierdzających, że wykonane roboty zostały wykonane prawidłowo (referencje) nie musi dokładnie odzwierciedlać wszystkich informacji wymaganych w postępowaniu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału. Istotne są informacje udzielane przez wykonawcę na potrzeby zamówienia, w niniejszym postępowaniu wskazane w wykazie usług. Wskazała także, że zarzut dotyczący mocy kotła dotyczył "mocy cieplnej" zaś warunek sformułowany w ogłoszeniu dotyczył "mocy w paliwie" - są to dwa różne parametry techniczne. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia znawcy, iż list referencyjny złożony przez "Energoinstal" dotyczy wymaganego parametru "mocy w paliwie" z tym zastrzeżeniem, że tłumaczenie na język polski zawiera pomyłkę oryginalny dokument referencji posługuje się bowiem sformułowaniem "heat fuel input". Dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 pzp niezbędne jest udowodnienie złożenia informacji nieprawdziwej a nie jej uprawdopodobnienie.

W skardze na powyższe orzeczenie skarżący zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż Budimex S. A. oraz konsorcjum "Energoinstal" spełnili warunki udziału w postępowaniu albowiem ich oświadczenia dotyczące wykonanych robót były zgodne z prawdą zwłaszcza z treścią przedstawionych przez nich treścią listów referencyjnych a także przyjęcie, że "Energoinstal" spełnił wymóg określony w punkcie III.2.3 ppkt lb) ogłoszenia o przetargu,
- naruszenie prawa materialnego - art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 pzp poprzez zaniechanie zastosowania tych przepisów,
- naruszenie przepisu art. 190 ust. 7 pzp poprzez oddalenie wniosków dowodowych o przeprowadzenie dowodów z opinii biegłego oraz dokumentu pochodzącego od Mesto Power Oy potwierdzającego, że w zakres prac wchodził montaż kotłów i pominięcia innych wniosków dowodowych odwołującego;
- naruszenie przepisu art. 196 ust. 4 pzp poprzez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku przyczyn dla których KIO odmówił a wiarygodności i mocy dowodowej powołanym przez odwołującego dowodom i zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Skarżący domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i nakazanie powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców i w jego wyniku uznanie, że wykonawcy działający w ramach konsorcjum "Energoinstal" nie spełniają warunków udziału w postępowaniu ewentualnie orzeczenie wykluczenia z postępowania wykonawców działających w ramach tego konsorcjum, nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy "Budimex", ewentualnie wykluczenie z postępowania wykonawcy "Budimex" i uchylecia orzeczenia w przedmiocie kosztów zawartego w punkcie 2.1 wyroku i zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed KIO .

Rozpoznając skargę przy uwzględnieniu treści zarzutów podnoszonych w odwołaniu i w granicach skargi sąd ustalił i zaważył, co następuje.

Zgodnie z art. 179 pzp warunkiem skutecznego wniesienia skargi jest wykazanie, że skarżący ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Ocena zarzutów podnoszonych w skardze, w tym ocena co do istnienia szkody bądź możliwości jej powstania powinna być dokonana adekwatnie do trybu postępowania o udzielenie zamówienia.

Na rozprawie skarżący przyznał, iż nie ma sporu co do tego, iż te referencje, które nie były kwestionowane przez skarżącego są wystarczające dla uznania, iż wykonawcy wskazani w skardze posiadają wymagane doświadczenie. Dla wykazania posiadanego doświadczenia wystarczającym było wykazanie realizacji "przynajmniej jednego zamówienia" - na co wskazywał także cytując ogłoszenie sam skarżący.

Nie było spornym także i to, że zarówno skarżący jak i wykonawcy wskazani w skardze zostali zaproszeni do składania ofert a ilość uzyskanych punktów nie ma wpływu na dalsze wyniki postępowania na etapie składania ofert.

Zatem wynik oceny dokonanej przez zamawiającego nie będą miały wpływu na dalsze uczestnictwo skarżącego w postępowaniu. Także uzyskana ilość punktów przez poszczególnych wykonawców na etapie wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert nie ma wpływu na ocenę następnie złożonych ofert. Nie wchodząc zatem w ocenę czy w istocie w zakres prac zawartych w kwestionowanych przez skarżącego listach referencyjnych wchodził montaż czy też nie, w sprawie nie budzi wątpliwości fakt, iż z pozostałych niekwestionowanych, zakresów prac i listów referencyjnych wynika, że wykonawcy wskazani w skardze posiadali wymagane doświadczenie dla udziału, w postępowaniu.

Wobec treści złożonych na rozprawie przed sądem oświadczeń, uwzględnienie przez wykonawcę tych listów referencyjnych, które są kwestionowane przez skarżącego wpłynęło jedynie na ilość uzyskanych punktów a ich brak nie doprowadziłby do wykluczenia wykonawców do wykluczenia z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż te wynikały z innych niekwestionowanych listów referencyjnych.

Zważywszy, iż postępowanie o udzielenie zamówienia było prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem, a zaproszenie do udziału otrzymał zarówno skarżący jak i Budimex i konsorcjum Energoinstal, treść kwestionowanych listów referencyjnych nie miała wpływu na wynik postępowania, skoro dokumenty nie kwestionowane przez skarżącego wystarczały dla wykazania wymaganego doświadczenia. Ilość punktów uzyskana na tym etapie postępowania nie miała wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, skarżący będzie uczestniczył w postępowaniu na równi z pozostałymi zaproszonymi wykonawcami, a sytuacja każdego z wykonawców będzie taka sama bez względu na ilość uzyskanych na tym etapie punktów.

Skarżący nie zarzucał, aby w przypadku nie uwzględnienia punktów uzyskanych w związku z kwestionowanymi listami referencyjnymi (obojętnie czy dotyczyło to zarzutów dotyczących montażu czy mocy kotła) ilość uzyskanych punktów uniemożliwiłaby tym wykonawcom dalszy udział w postępowaniu.

W tej sytuacji brak podstaw do uznania, aby skarżący wykazał, że na skutek dopuszczenia do udziału w dalszym postępowaniu wskazanych wykonawców mógł ponieść szkodę a wykazania tej przesłanki wymaga przepis art. 179 pzp.

Zgodnie z art. 24 ust.2 pkt 4 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje, jednakże dotyczy to jedynie takich informacji które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania a informacje te były świadomie i celowo podane przez wykonawcę, zaś w przypadku przedstawienia prawdziwych informacji podlegałyby wykluczeniu.

Zarzuty zawarte w skardze przedstawione w toku postępowania sprowadzają się do wykładni części listów referencyjnych mającej na celu wykazanie, że brak w listach referencyjnych słów "montaż", "roboty budowlane" powoduje, że brak podstaw do przyjęcia, że zaprojektowanie dostawa i rozruch obejmowały także montaż kotłów. W tym zakresie, na rozprawie skarżący powoływał się także na istniejące w tej mierze obyczaje - ich istnienia jednakże nie wykazał.

Umknęło także skarżącemu, iż w toku postępowania dokonując oceny ofert zamawiający korzystał z wiedzy podmiotu trzeciego - został powołany biegły doradca techniczny który dokonywał oceny ofert, a zatem zamawiający przeprowadzając postępowanie dochował staranności mającej na celu przeprowadzenie postępowania z zachowaniem zasady bezstronności i obiektywizmu.

Także powoływanie się fakt, iż inwestycję jako generalny wykonawca prowadził podmiot trzeci nie oznacza, że generalny wykonawca przy realizacji inwestycji nie korzystał z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów. Na rozprawie strony zgodnie oświadczyły także, iż współczynnik "moc kotła w paliwie" jest innym parametrem niż "moc cieplna" i że ten pierwszy współczynnik jest zawsze wyższy niż moc cieplna.

Dowód z opinii biegłego, z uwagi na powyższe, zwłaszcza fakt, iż wykonawcy

wskazani w odwołaniu bezspornie wykazali posiadanie wymaganego doświadczenia, w niniejszym postępowaniu zmierzal do udowodnienia okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia zarzutów zmierzających do wykluczenia wykonawców.

Na marginesie można już w tej sytuacji dodać, że ocena celowości zgłoszonych wniosków dowodowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinna być dokonywana ze szczególną starannością z uwzględnieniem specyfiki postępowań o udzielenie zamówienia. Zgłaszane dowody nie powinny zmierzać do przedłużania postępowań ponad niezbędny czas. Dotyczy to zwłaszcza takich okoliczności, które mogłyby być wykazywane za pomocą innych, mniej czasochłonnych i wpływających na czas trwania procedur odwoławczych, dowodów.

Nie sposób podzielić stanowiska skarżącego, że fakt powoływania się na wiedzę i doświadczenie dwóch podmiotów zwykle konkurujących ze sobą na rynku jest niedopuszczalne, zmierza jedynie do uzyskania lepszej oceny w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie stanowi natomiast realnej możliwości skorzystania z wiedzy i doświadczenia tych podmiotów w toku wykonywania zadania.

Konkurencja w działaniu na rynku nie oznacza i nie powinna sprowadzać się do niemożliwości współpracy przy wspólnych inwestycjach. Konkurencyjność rynkowa ma na celu umożliwienie oferowania usług i towarów wszystkim podmiotom na równych zasadach, z korzyścią dla odbiorców tych usług, ale w żadnym razie nie wyklucza współdziałania konkurujących na rynku podmiotów przy realizacji pewnych przedsięwzięć. Na istnienie rozbieżności w stosowanych technologiach uniemożliwiających wspólne działanie ze względu na stosowane technologie skarżący nie wskazywał. Fakt konkurencji na rynku, nie wyklucza udostępnienia innemu podmiotowi własnych zasobów technicznych i personelu posiadającego wymaganą wiedzę i doświadczenie. Skarżący nie wykazywał aby sposoby działań, stosowane technologie obu firm były odmienne tak dalece, że nie jest możliwe wykorzystanie jednocześnie wiedzy i doświadczenia obu tych podmiotów. Przeciwnie skarżący przyznał, że w wypadku gdyby działały w jednej grupie kapitałowej to taka współpraca byłaby możliwa - a zatem nie zachodzi "konflikt technologii" wykluczający wykorzystanie jednocześnie środków technicznych oraz personelu obu konkurujących ze sobą na rynku podmiotów

Mając na względzie powyższe sąd po myśli art. 198f ust. 2 pzp oddalił skargę jako bezzasadną, i orzekł o kosztach postępowania po myśli ust. 5 tego przepisu.

Na koszty postępowania złożyły się koszty zastępstwa procesowego ustalone zgodnie z §5 w związku z § 10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Min. Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

SSO Barbara Przybyła