

Sygn. akt: KIO 2314/14

WYROK

z dnia 21 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energia w Kogeneracji „EWK” S.A. w Wilczej (44-189), ul. Karola Miarki 250 oraz Frankensolar Eastern Europe s.r.o., Praha 9, ul. Kostelecka 879/59, KOD: 196 00** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Celowy Związek Gmin R-XXI w Nowogardzie (72-200), Plac Wolności 5**

przy udziale wykonawcy: **RenCraft sp. z o.o. w Bydgoszczy (85-027), ul. Jagiellońska 94** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Celowemu Związkowi Gmin R-XXI w Nowogardzie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energia w Kogeneracji „EWK” S.A. w Wilczej oraz Frankensolar Eastern Europe s.r.o. w Pradze, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Celowy Związek Gmin R-XXI w Nowogardzie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energia w Kogeneracji „EWK” S.A. w Wilczej oraz Frankensolar Eastern Europe s.r.o. w Pradze** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Celowego Związku Gmin R-XXI w Nowogardzie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energia w Kogeneracji „EWK” S.A. w Wilczej oraz Frankensolar Eastern Europe s.r.o. w Pradze** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Budowa instalacji fotowoltaicznej drogą dywersyfikacji źródeł energii w RZGO Nowogard*” zostało wszczęte przez Celowy Związek Gmin R-XXI w Nowogardzie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (193139- 2014) w dniu 10 września 2014 r.

W dniu 5 listopada 2014 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Energia w Kogeneracji „EWK” S.A. w Wilczej oraz Frankensolar Eastern Europe s.r.o. w Pradze, zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wobec czynności uznania oferty przez niego złożonej za odrzuconą, a w konsekwencji także wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego, Zamawiający poprzez uznanie, że nie wykazał on spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Konsekwencją tego, miało być nieuzasadnione uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą (naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), wybór oferty, która nie była najkorzystniejszą (naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp), a także naruszenie obowiązku zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący stał na stanowisku, że przedstawił on Zamawiającemu odpowiednie dokumenty i oświadczenia potwierdzające posiadanie przez niego wymaganych wiedzy i doświadczenia, a Zamawiający w sposób nieznajdujący uzasadnienia w zapisach SIWZ, już po upływie terminu składania ofert, wymaga od wykonawców, aby wykazali się wykonaniem instalacji fotowoltaicznej o odpowiedniej mocy na dachu jednego tylko budynku, podczas gdy we właściwym dla tego terminie warunku tego w SIWZ nie zawarł. Zdaniem Odwołującego zgodnie z opisem warunku wystarczającym było bowiem jedynie to, że wykazywana instalacja była

zainstalowana na dachu budynku, nie zaś na ziemi lub elewacji budynku. Nie istotne przy tym było to, na ilu fizycznie dachach instalacja ta została rozmieszczona.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czynności uznania oferty przez niego złożonej za odrzuconą oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W dniu 10 listopada 2014 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył Prezesowi Izby wykonawca: RenCraft sp. z o.o. w Bydgoszczy, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a w szczególności, aby rozpoznawane odwołanie, jako zmierzające w swej istocie do zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), mogło zostać uznane za wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, a tym samym za podlegające odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Z odwołania wynika bowiem bezspornie, że zostało ono złożone wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, a termin jego wniesienia wobec tej właśnie czynności, nawet w świetle stanowiska Zamawiającego, był zachowany. Mając to na uwadze, Izba uznała, że odwołanie nie podlega odrzuceniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przedstawione przez zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także złożone tak przez Odwołującego, jak i Przystępującego, zdjęcia.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt V.1.2) SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy składający ofertę wykazali się wykonaniem co najmniej jednej instalacji fotowoltaicznej na dachu budynku składającej się co najmniej z 840 modułów PV o mocy co najmniej 220 kWp i łącznej

powierzchni co najmniej 1350 m². Zgodnie z pkt VI.3).b) SIWZ na potwierdzenie spełniania tak opisanego warunku wykonawcy zostali zobowiązani do przedstawienia wykazu robót budowlanych, sporządzonego z wykorzystaniem formularza stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, oraz odpowiednich dowodów potwierdzających należyte i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej wykonanie wykazywanych robót oraz ich prawidłowe zakończenie.

Pismem z dnia 12 września 2014 r. Zamawiający zmienił treść pkt V.1.2) SIWZ – wykonawcy, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia, zobowiązani zostali do wykazania się wykonaniem co najmniej jednej instalacji fotowoltaicznej na dachu budynku o mocy co najmniej 220 kWp.

Termin składania ofert, zgodnie z protokołem postępowania, upłynął w dniu 26 września 2014 r. Przed jego upływem, sześciu wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty, w tym Odwołujący i Przystępujący.

Zgodnie z oświadczeniem zawartym w wykazie robót budowlanych (w pozycji 1) przekazanym Zamawiającemu wraz z ofertą złożoną przez Odwołującego, jeden z konsorcjantów będących Odwołującym wykonał instalację fotowoltaiczną o mocy 220 kWp. Do wykazu załączone dostało poświadczenie zleceniodawcy tej pracy, potwierdzające jej wykonanie, w tym m.in. montaż instalacji na dachach hal.

Pismem z dnia 14 października 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia mu wykazu uzupełnionego o „*informacje dotyczące sposobu i miejsca zamontowania instalacji oraz dokładnego określenia zamawiającego instalacje*”.

W odpowiedzi, Odwołujący, wraz z pismem z dnia 22 października 2014 r., przedstawił wykaz robót budowlanych, w którym powielono informacje zawarte w referencjach złożonych wraz z ofertą, tj. wskazano, że wykazywana praca obejmowała wykonanie „*instalacji fotowoltaicznej o mocy 220 kWp na dachach hal*”.

Pismem z dnia 29 października 2014 r., przesłanym wykonawcom zgodnie z pisemnym protokołem postępowania w dniu 31 października 2014 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie 24 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że potwierdził on wykonanie jednej instalacji fotowoltaicznej na kilku, a nie na jednym dachu.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

Istota sporu pomiędzy Stronami sprowadzała się do odpowiedzi na pytanie, czy w świetle opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia Odwołujący był uprawniony do powołania się na wykonanie instalacji fotowoltaicznej o mocy 220 kWp wykonanej na dachach więcej niż jednego budynku, czy też był on zobowiązany, zgodnie z opisem tegoż warunku, do wykazania się wykonaniem takiej instalacji wykonanej na dachu tylko jednego budynku.

Pomiędzy Stronami nie było sporu co do literalnej treści opisu warunku, której wiążące wykonawców brzmienie Zamawiający nadał pismem z dnia 12 września 2014 r. Strony odmiennie jednak interpretowały te postanowienia. Zdaniem Odwołującego wyrażenie „na dachu budynku” w sformułowaniu: „wykonaniem co najmniej jednej instalacji fotowoltaicznej na dachu budynku” oznaczać miało wskazanie na jeden z trzech rodzajów sposobu montażu takiej instalacji: na dachu budynku, na jego elewacji lub na powierzchni ziemi. Tymczasem w ocenie Zamawiającego wyrażenie to należało odczytywać jako wymóg, aby instalacja wykonana została na dachu jednego tylko budynku – miała o tym świadczyć użyta w opisie liczba pojedyncza, zarówno przy słowie „dachu”, jak i „budyńku”. Co istotne, Zamawiający nie przeczył twierdzeniom Odwołującego o podziale instalacji fotowoltaicznej na trzy rodzaje ze względu na miejsce ich montażu.

W ocenie Izby możliwą była i mogła zostać uznana za uzasadnioną taka wykładania treści pkt V.1.2) SIWZ, jakiej dokonał Odwołujący. Możliwym było zatem, że przywoływane przez Strony wyrażenie „na dachu budynku” mogło być interpretowane jako wskazanie na jeden z trzech sposobów montażu instalacji fotowoltaicznej – nie na powierzchni ziemi, czy też na elewacji budynku, ale właśnie na jego dachu. W takim przypadku nieistotną pozostawała ilość dachów, na jakiej instalację taką by wykonano, szczególnie wobec braku zakreslenia przez Zamawiającego w tym zakresie szczegółowych wymagań – w opisie warunku brak wyraźnego dookreślenia, że Zamawiający wymagał wykonania tejże instalacji na dachu jednego tylko budynku. Konsekwencją przyjęcia tego stanowiska za prawidłowe, było stwierdzenie, że w świetle zebranego materiału dowodowego nie zostało wykazane,

że Odwołujący nie przedstawił odpowiednich dokumentów i oświadczeń potwierdzających wykonanie „jednej instalacji fotowoltaicznej na dachu budynku o mocy co najmniej 220 kWp”, a tym samym, że nie wykazał on spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Kierując się tak dokonanymi ustaleniami, Izba uznała, iż wykazane zostało w toku postępowania odwoławczego, że Zamawiający w sposób nieuprawniony wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a tym samym dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp przez uznanie, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Konsekwencją tej nieprawidłowości, było naruszenie kolejnych przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: