

Sygn. akt: KIO 1301/15

POSTANOWIENIE
z dnia 1 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 1 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2015 r. przez **wykonawcę IFL Consulting Engineers Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Osmańska 12** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się zamówienie publiczne Konsorcjum firm Biuro Projektów „Nafta-Gaz” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaśle, ul. Ducala 11 oraz Górnicze Biuro Projektów PANGAZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Lubicz 25** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1301/15 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcę IFL Consulting Engineers Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Osmańska 12 kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim dla Gazociągu Kędzierzyn-Koźle – Granica RP (Polska – Czechy) wraz z tłocznia i stacją pomiarową zostało wszczęte przez zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 listopada 2014r. za numerem 2014/S 221-391428 – zamówienie sektorowe.

W dniu 10 czerwca 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 19 czerwca 2015r. wykonawca IFL Consulting Engineers Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Osmańska 12 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 czerwca 2015r. drogą elektroniczną i faksem. Odwołujący odwołał się do zachowań zamawiającego polegających na

- 1) uznaniu, iż Wykonawca Biuro Projektów „NAFTA - GAZ” Sp. z o.o. i Górnicze Biura Projektów PANGAZ Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum NAFTA-GAZ) spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie osób wskazanych do pełnienia funkcji na stanowisku Projektanta Architekta - Pana P. P., Projektanta Konstruktora – S. J., Projektanta Elektryka B – J. K. i Projektanta Automatyka - Pana A. S. i Pana P. Sk.,
- 2) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum NAFTA-GAZ,
- 3) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum NAFTA-GAZ

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478 – dalej ustawy) przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum NAFTA-GAZ z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał spełniania wymogów w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiadającymi odpowiednie doświadczenie i kwalifikacje zawodowe w zakresie osób zdolnych do pełnienia funkcji na stanowisku Projektanta Architekta - Pana P. P., Projektanta

Konstruktora – S. J., Projektanta Elektryka B – J. K. i Projektanta Automatyka - Pana A. S. i Pana P. S.,

2) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NAFTA-GAZ, pomimo iż w obliczu posiadanych przez zamawiającego informacji oferta ta powinna zostać uznana za odrzuconą jako oferta Wykonawcy wykluczonego z postępowania wskutek niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

3) przepisu art. 7 ustawy przez zaproszenie do złożenia oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a dopuszczonego do udziału w postępowaniu.

W świetle powyższych zarzutów odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum NAFTA -GAZ,
 - b) dokonania wykluczenia Konsorcjum NAFTA -GAZ i odrzucenia jego oferty,
 - c) dokonania ponownej oceny ofert nie podlegających odrzuceniu i wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
3. zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że wskazane powyżej czynności zamawiającego naruszają interes odwołującego, bowiem w sposób naruszający przepisy prawa, w tym ustawy, zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, i którego oferta powinna zostać odrzucona, co narusza zasady uczciwej konkurencji w ubieganiu się o zamówienie publiczne przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w postępowaniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył odwołujący, a także wykonawcy: (i) Gazoprojekt S.A., (ii) Konsorcjum NAFTA-GAZ, (iii) OTS-IP Sp. z o.o., (iv) MGGP S.A.

W toku trwającego postępowania oferty wykonawców (i) Gazoprojekt S.A., (ii) OTS-IP Sp. z o.o. oraz (iii) MGGP S.A. zostały ostatecznie odrzucone, a za ofertę najkorzystniejszą, niepodlegającą odrzuceniu, została uznana oferta złożona przez Konsorcjum NAFTA-GAZ.

Jako dowód odwołujący powołał pismo Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2015 r. (znak: OS-DH.260.16.2014/250).

W związku z tym, że przed dokonaniem wyboru oferty Konsorcjum NAFTA-GAZ jako najkorzystniejszej, wykonawca ten był wzywany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wniosku w części dotyczącej potencjału kadrowego, co nastąpiło na skutek wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 761/15 i

764/15), Odwołujący zachował ustawowy termin na wniesienie odwołania co do oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez Konsorcjum NAFTA-GAZ.

Jako dowód odwołujący powołał odpis wyroku KIO z dnia 5 maja 2015 r., sygn. akt KIO 761/15, KIO 764/15 oraz pismo zamawiającego z dnia 28 maja 2015 r. (znak: OS-DH.260.16.2014/232).

W odpowiedzi na ww. wezwanie, w dniu 2 czerwca 2015 r. Konsorcjum NAFTA-GAZ przedłożyło dokumenty mające potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu (znak: TJ-279.0000.DM.PM.2015), przedkładając uzupełnienie pierwotnie złożonego wykazu „Potencjał kadrowy” stanowiący Załącznik nr 4 do Wniosku.

Jako dowód odwołujący powołał pismo z dnia 2 czerwca 2015 r. (znak: TJ-279.0000.DM.PM.2015).

Odwołujący, po dokonaniu wglądu do uzupełnionego wniosku wykonawcy Konsorcjum NAFTA - GAZ, stwierdził, że wniosek ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiadającymi odpowiednie doświadczenie i kwalifikacje zawodowe w zakresie osób wskazanych do pełnienia funkcji na stanowiskach:

- a) Projektanta Architekta - Pana P. P.,
- b) Projektanta Konstruktora – S. J.,
- c) Projektanta Elektryka B – J. K.,
- d) Projektanta Automatyka - Panów A. S. i P. S.

A. Projektant Architekt - Pan P. P., Projektant Konstruktor - Pan S. J., Projektant Elektryk B - Pan J. K.

W odniesieniu do wskazanych powyżej osób zamawiający wymagał spełnienia wymogu określonego w sekcji III.2.3, pkt 2 odpowiednio lit. d), lit. e) i lit. g), tj. posiadania doświadczenia zawodowego polegającego na pełnieniu funkcji projektanta w danej specjalności przy realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na opracowaniu projektu budowlanego tłoczni gazu o mocy nie mniejszej niż 5 MW (zawierającego zaprojektowanie co najmniej jednego agregatu sprężającego), dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę. Jako dowód odwołujący powołał ogłoszenie o zamówieniu.

Odwołujący podniósł, iż projekt budowlany wykonywany przez wskazane powyżej osoby w poszczególnych branżach dla zadania - jak to podaje wykonawca Konsorcjum NAFTA - GAZ - „Rozbudowa tłoczni gazu w Rembelszczyźnie w ramach budowy gazociągu wysokiego ciśnienia DN700 MOP 8,4 MPa” nie może być uznany jako potwierdzający spełnianie warunku posiadanego przez te osoby doświadczenia określonego w ogłoszeniu. Swoje stanowisko ILF wywodzi w fakcie, iż projekt budowlany dla przedmiotowej inwestycji dotyczył rozbudowy węzła w Rembelszczyźnie w ramach budowy gazociągu relacji Rembelszczyzna-

Gustorzyn obejmował jedynie projekt rozbudowy tłoczni gazu, dla której uzyskano decyzję o „zamiennym” pozwoleniu na budowę, a nie decyzję o pozwoleniu na budowę.

Jako dowód odwołujący powołał decyzję nr 218/P/2014 z dnia 30 października 2014 r. - zmiana pozwolenia na budowę dla inwestycji „Rozbudowa węzła w Rembelszczyźnie w ramach budowy gazociągu wysokiego ciśnienia DN700 MOP 8,4 MPa relacji Rembelszczyna-Gustorzyn”.

Decyzja o zmianie pozwolenia na budowę jest odrębnym typem decyzji uregulowanym w art. 36a ustawy Prawo budowlane i z samej swej istoty obejmuje tylko część prowadzonej inwestycji. Treść przedmiotowej decyzji wskazuje wprost, że przedmiotowa inwestycja, w zakresie objętym zamiennym projektem budowlanym, dotyczyła jedynie „projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego, tj. zmiany projektu zagospodarowania terenu dot. rozbudowy tłoczni gazu na działkach o wskazanych numerach identyfikacyjnych”.

Powyższe w ocenie odwołującego oznacza, że inwestycja ta nie może zostać uznana za wypełniającą warunki udziału w postępowaniu, gdyż po pierwsze dotyczyła jedynie projektu zagospodarowania terenu, a nie projektu budowlanego całej tłoczni, a po drugie, dla tej części prac uzyskano jedynie pozwolenie o zmianie decyzji o pozwoleniu na budowę, a nie pozwolenie na budowę. W konsekwencji osoby wskazane na wyżej wymienione stanowiska nie mogą zostać uznane za posiadające doświadczenie wymagane przez zamawiającego.

Dodatkowo, odwołujący podniósł, że projekt budowlany, dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę z dnia 29 października 2012 r. zarówno w zakresie architektury, konstrukcji, jak i elektryki był opracowywany przez inne osoby niż wskazane we wniosku Konsorcjum NAFTA - GAZ.

Jako dowód odwołujący powołał decyzję z dnia 29 października 2012 r. nr WIŚ-P.7840.877.2012.TM

Ponadto odwołujący podniósł, że wskazany na stanowisko elektryka Pan J. K. nie dysponuje uprawnieniami wymaganymi przez zamawiającego.

Zgodnie z punktem III.2.3, pkt 2 lit. g) ogłoszenia zamawiający wymagał posiadania uprawnień budowlanych do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz wpisu na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego. Na potwierdzenie spełniania tego warunku Konsorcjum NAFTA - GAZ przedłożyło uprawnienia nr A-649-30/84, z których wynika, że Pan J. K. nie dysponuje uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń we wskazanych specjalnościach.

Jako dowód odwołujący powołał uprawnienia budowlane nr A-649-30/84

B. Projektant Automatyk - Pan A. S. i Pan P. S. .

W odniesieniu do tych osób wskazanych na to stanowisko zamawiający wymagał spełnienia wymogu określonego w sekcji II1.2.3, pkt 2 lit i), tj. posiadania doświadczenia zawodowego, w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zdobyciu doświadczenia polegającego na: „zaprojektowaniu systemu automatyki i sterowania tłoczni gazu o mocy nie mniejszej niż 5 MW (zawierającego zaprojektowanie co najmniej jednego agregatu sprężającego”

Dowód - ogłoszenie o zamówieniu.

Na stanowisko Projektanta Automatyka Konsorcjum NAFTA - GAZ wskazał dwie osoby: Pana A. S., dla którego na potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca wskazał zadanie „Rozbudowa tłoczni gazu w Rembelszczyźnie ramach budowy gazociągu wysokiego ciśnienia DN700 MOP 8,4 MPa” oraz Pana P. S., dla którego zostało wskazane zadanie „Instalacja tandemowych turbozespołów na Tłoczni Gazu 03 Velke Zlievce.

Jako dowód odwołujący powołał wyciąg z formularza „Potencjał Kadrowy”, załączonego do pisma Konsorcjum NAFTA - GAZ z dnia 2 czerwca 2015 r.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z uzyskaną wiedzą, pan A. S. nie brał udziału w projektowaniu systemu automatyki i sterowania tłoczni gazu w Rembelszczyźnie. W związku z tym, że osoba ta nie widnieje na żadnym dokumencie projektowym z zakresu automatyki (a tym bardziej na żadnym projekcie agregatu sprężającego) dla tej inwestycji, należy zdaniem odwołującego stwierdzić, że Konsorcjum NAFTA - GAZ nie wykazało skutecznie posiadania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia.

Odnośnie dysponowania drugą osobą wskazaną do pełnienia funkcji Projektanta Automatyka odwołujący wskazał, że Pan P. S. oświadczył jedynie, że jest „zainteresowany współpracą” z członkiem Konsorcjum NAFTA -GAZ, spółką GBP Pangaz Sp. z o.o., czego w żaden sposób nie można uznać za udowodnienie dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Jako dowód odwołujący powołał oświadczenie Pana P. S. z dnia 5 grudnia 2014 r.

Dodatkowo, odwołujący podniósł, iż zgodnie z uzyskaną wiedzą, Pan P. S. cofnął swoje oświadczenie co do udostępnienia swojego doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu i uchylił się od skutków prawnych złożonego w dniu 5 grudnia 2014 r. oświadczenia.

W dniu 22 czerwca 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25 czerwca 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się zamówienie publiczne Konsorcjum firm Biuro Projektów „Nafta-Gaz” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaśle, ul. Ducała 11 oraz Górnicze Biuro Projektów PANGAZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Lubicz 25 wskazując, że mają interes w

rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż odwołanie zmierza do podważenia zasadności czynności zamawiającego polegających na prawidłowej ocenie wniosku zgłaszających i wyborze ich oferty jako najkorzystniejszej. Wnieśli o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Uwzględnienie odwołania naraziłoby zgłaszających na szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 czerwca 2015r. udzielonego przez Nafta-Gaz sp. z o.o. jako lidera konsorcjum i podpisanego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 listopada 2014r. udzielonego przez partnera i podpisanego za partnera przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 25 czerwca 2015r.

W dniu 30 czerwca 2015r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało podpisane przez dwóch prokurentów ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: