

**WYROK**

**z dnia 27 września 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2012 r. przez wykonawcę **RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu, 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33** w postępowaniu prowadzonym przez **Enea Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Kozienicach, 26-900 Kozienice, Świerże Górne,**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu, 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu, 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu, 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33** na rzecz **Enea Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Kozienicach, 26-900 Kozienice, Świerże Górne** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e**

Enea Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Koźlenicach, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Budowę Instalacji Odsiarczania Spalin (IOS IV) dla mocy ok. 800 MWe (dla bloków 200MW nr 1-8) w Enea Wytwarzanie S.A.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 września 2012 r., nr 2012/S 169-280292.

W dniu 14 września 2012 r. (pismem z dnia 12 września 2012 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 13 września 2012 r.) wobec czynności zamawiającego polegającej na zamieszczeniu w treści ogłoszenia w sekcji III pkt 2.3) oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, w punkcie 5.2.1. postanowień niezgodnych z ustawą Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 22 ust. 1 pkt ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz § 1 ust. 1 pkt 2 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. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817 ze zm.), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”, poprzez określenie w sekcji III.2.3 pkt 1) Ogłoszenia oraz punkcie 5.2.1 SIWZ warunku udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, w zakresie, w jakim warunek udziału w postępowaniu wyklucza możliwość uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiotów, spełniających wymóg posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponujących potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które jednakże w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed dniem wszczęcia postępowania, samodzielnie lub wspólnie z innymi wykonawcami nie wykonali zamówienia polegającego na zaprojektowaniu, dostarczeniu i wykonaniu co najmniej 1 (jedną) IOS opartą o technologię moką (wapienno - gipsową), o natężeniu przepływu spalin na wlocie do IOS większym niż 2 500 000 Nm<sup>3</sup>/h (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) i stężeniu SO<sub>2</sub> w spalinach po IOS mniejszym niż 200 mg/Nm<sup>3</sup>s (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>), z zastosowaniem pojedynczego absorbera.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany:

1. w sekcji III pkt 2.3) Ogłoszenia poprzez wykreślenie dotychczasowej treści i wpisanie w to miejsce słów:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, spełniający warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 1-4 ustawy.

Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, tj.: - w okresie ostatnich 7 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie samodzielnie lub wspólnie z innymi wykonawcami zaprojektowali, dostarczyli i wykonali, co najmniej 1 (jedną) IOS opartą o technologię mokrą (wapienno - gipsową), o natężeniu przepływu spalin na wlocie do IOS większym niż 1 600 000 Nm<sup>3</sup>/h (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) i stężeniu SO<sub>2</sub> w spalinach po IOS mniejszym niż 200 mg/Nm<sup>3</sup>s (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) z zastosowaniem pojedynczego absorbera, (...)

2. w punkcie 5.2.1 SIWZ poprzez wykreślenie dotychczasowej treści i wpisanie w to miejsce słów:

„(...) w okresie ostatnich 7 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie samodzielnie lub wspólnie z innymi wykonawcami zaprojektowali, dostarczyli i wykonali, co najmniej 1 (jedną) IOS opartą o technologię mokrą (wapienno - gipsową), o natężeniu przepływu spalin na wlocie do IOS większym niż 1 600 000 Nm<sup>3</sup>/h (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) i stężeniu SO<sub>2</sub> w spalinach po IOS mniejszym niż 200 mg/Nm<sup>3</sup>s (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) z zastosowaniem pojedynczego absorbera.”

3. zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

W uzasadnieniu odwołujący wskazał m.in., iż celem określenia przez zamawiającego warunków wymaganego doświadczenia jest doprowadzenie do wyboru wykonawcy, który będzie zdolny do wykonania zamówienia i daje rękojmię należytej jego realizacji. Określenie tych warunków nie może być więc dowolne. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu się realizacją inwestycji polegającej na budowie instalacji odsiarczania spalin (IOS) o natężeniu przepływu spalin na wlocie do IOS większym niż 2 500 000 Nm<sup>3</sup>/h (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) jest warunkiem nadmiernym i nie mającym racjonalnego uzasadnienia. Pozbawia przy tym możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia przez polski podmiot, który jest jednym z największych wykonawców tego typu instalacji w Europie, a który na terenie Polski wykonał ich kilkanaście.

Z zapisu tego wynika bowiem, że doświadczenie zgromadzone przez wykonawcę

przy budowie instalacji odsiarczania spalin (IOS) w tej samej technologii, a nawet dotyczące obiektów o kilkukrotnie większych strumieniach masy zanieczyszczeń kwaśnych, w tym SO<sub>2</sub> (dwutlenku siarki), pozbawia wykonawcę możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast nie istnieją żadne istotne różnice w realizacji robót budowlanych polegających na wybudowaniu instalacji odsiarczania spalin (IOS) o natężeniu przepływu spalin na wlocie do IOS większym niż 2 500 000 Nm<sup>3</sup>/h (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>), a instalacją odsiarczania spalin (IOS) o natężeniu przepływu spalin na wlocie do IOS większym niż 1 600 000 Nm<sup>3</sup>/h (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) (te wymagania spełnia odwołujący). W obu przypadkach budowa polega bowiem na wykonaniu podobnych czynności, tj. począwszy od zaprojektowania przez realizację, aż po dokonanie procedur odbiorowych. Taka sama jest także technologia wykonania takiej instalacji. Jedyna w zasadzie różnica sprowadza się do tego, że istnieje konieczność dostarczenia trochę większego absorbera oraz urządzeń towarzyszących.

A ponadto z technologicznego punktu widzenia brak możliwości udokumentowania przez wykonawcę doświadczenia w wykonaniu IOS opartej o technologię moką (wapienno - gipsową), o natężeniu przepływu spalin na wlocie do jednego absorbera większym niż o 500 000 Nm<sup>3</sup>/h (spaliny suche dla 6 % O<sub>2</sub>) nie jest okolicznością przesądzającą o braku kwalifikacji odwołującego do wykonania prac stanowiących przedmiot opisywanego zamówienia, uwzględniając zakładany cel zamawiającego ograniczenia oferentów do firm mających doświadczenie w realizacji odpowiednio dużych absorberów instalacji odsiarczania. Poza samą wartością natężenia, zamawiający stosując w inkryminowanych postanowieniach ogłoszenia i SIWZ jednostkę przepływu spalin wyrażoną w warunkach referencyjnych suchych z przeliczeniem na 6% O<sub>2</sub>, nie dopuszcza referencji, w których w strumieniu gazu występuje znacznie większy udział wilgoci, co przekłada się na większe robocze strumienie objętości spalin i wyższe temperatury spalin. Takie ograniczenie nie pozwala na korzystanie z referencji opartych o instalacje pracujące na spalinach powstałych ze spalania np. węgla brunatnego, które cechują się wielokrotnie większymi strumieniami masy SO<sub>2</sub> (dwutlenku siarki) - a więc w których występują trudniejsze warunki pracy, jednakże ze względu na ponad dwukrotnie większą zawartość wilgoci w gazie, strumienie objętości przeliczone na warunki suche są odpowiednio mniejsze.

Odwołujący posiada udokumentowane referencje w zakresie budowy absorberów o przepływie 2 400 000 Nm<sup>3</sup>/h (spaliny wilgotne) przy równoczesnej zawartości SO<sub>2</sub> do 9750 mg/Nm<sup>3</sup> (w spalinach suchych) oraz potwierdzone próby ruchowe dokumentujące możliwości przepuszczania przez absorbery strumienia spalin o przepływie przekraczającym 2 800 000 Nm<sup>3</sup>/h przy zachowaniu gwarancji wymaganego stopnia odsiarczania (< 200 mgSO<sub>2</sub>/Nm<sup>3</sup>) dla jednocześnie większych niż u zamawiającego koncentracjach SO<sub>2</sub> (dwutlenku siarki) w spalinach przed odsiarczeniem.

Reasumując odwołujący podniósł, iż tak określony warunek nie jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i prowadzi do eliminacji z postępowania podmiotów, które posiadają wystarczające doświadczenie w realizacji zamówień podobnych, stanowiąc tym samym ograniczenie uczciwej konkurencji.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w sekcji III.2.3 pkt 1) Ogłoszenia zamieścił wymóg, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, tj.:

- w okresie ostatnich 7 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie samodzielnie lub wspólnie z innymi wykonawcami zaprojektowali, dostarczyli i wykonali, co najmniej 1 (jedną) IOS opartą o technologię mokrą (wapienno - gipsową), o natężeniu przepływu spalin na wlocie do IOS większym niż 2 500 000 Nm<sup>3</sup>/h (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) i stężeniu SO<sub>2</sub> w spalinach po IOS mniejszym niż 200 mg/Nm<sup>3</sup>s (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) z zastosowaniem pojedynczego absorbera, (...).”

Nadto zamawiający w punkcie 5.2.1. SIWZ zamieścił wymóg „(...) w okresie ostatnich 7 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie samodzielnie lub wspólnie z innymi wykonawcami zaprojektowali, dostarczyli i wykonali, co najmniej 1 (jedną) IOS opartą o technologię mokrą (wapienno - gipsową), o natężeniu przepływu spalin na wlocie do IOS większym niż 2 500 000 Nm<sup>3</sup>/h (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) i stężeniu SO<sub>2</sub> w spalinach po IOS

mniejszym niż 200 mg/Nm<sup>3</sup>s (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) z zastosowaniem pojedynczego absorbera.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp określa ogólne warunki udziału w postępowaniu mające zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych, jednak co do których konieczna jest konkretyzacja przez zamawiającego dla potrzeb prowadzonego postępowania, która następuje z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia i dokonuje się poprzez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Opis ten (opis oceny spełniania warunków) – zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp – powinien być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. W niniejszym stanie faktycznym o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy legitymują się doświadczeniem w zaprojektowaniu, dostarczeniu i wykonaniu, co najmniej 1 (jednej) IOS opartej o technologię mokrą (wapienno - gipsową), o natężeniu przepływu spalin na wlocie do IOS większym niż 2 500 000 Nm<sup>3</sup>s/h (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) i stężeniu SO<sub>2</sub> w spalinach po IOS mniejszym niż 200 mg/Nm<sup>3</sup>s (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) z zastosowaniem pojedynczego absorbera, (...)”. Powyższe ma zagwarantować zamawiającemu wyłonienie wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczyć do minimum możliwości powstania sytuacji, w której wyłoniony wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością. Tak więc umiejętność wykonania zamawianych robót musi być poparta nie tylko wiedzą, ale i praktyką zdobytą oraz ugruntowaną w trakcie realizacji wcześniejszych tego typu robót. Wykonane mają być bowiem – co zgodnie podkreślały strony - roboty o unikatowym charakterze (instalacja odsiarczania spalin o natężeniu przepływu spalin na wlocie IOS na poziomie 3.200.000 Nm<sup>3</sup>s/h). Tymczasem odwołujący żąda takiego sformułowania warunku, który pozwoliłby na wykazanie, celem legitymowania się stosownym doświadczeniem, realizacją takich robót jakie dotychczas wykonywał (realizacją IOS w oparciu o technologię mokrą (wapienno - gipsową), o natężeniu przepływu spalin na wlocie do IOS większym niż 1 600 000 Nm<sup>3</sup>s/h), a więc takim doświadczeniem jakie sam posiada. Niemniej jednak to zamawiający decyduje o tym, co stanowi przedmiot zamówienia oraz jakie warunki udziału w postępowaniu powinien spełnić wykonawca, aby móc ubiegać się o określone zamówienie z uwzględnieniem obowiązujących w tym zakresie przepisów. Kwestionowany warunek spełnia co najmniej pięciu wykonawców, a faktu jego spełnienia chociażby już przez dwóch ze wskazanych przez zamawiającego wykonawców nie negował i odwołujący. Okoliczność, iż dwóch z potencjalnych wykonawców dotychczas nie realizowało zamówienia na rynku polskim nie oznacza jednak – jak słusznie podniósł zamawiający – iż nie mogą tego uczynić obecnie, zwłaszcza, że jeden ze wyspecyfikowanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wykonawców wykazał już zainteresowanie udziałem w tym konkretnym

postępowaniu, składając stosowne pismo (pismo wykonawcy w aktach sprawy). Kwestionowany warunek nie jest więc nadmiernie wygórowany. Istnieją bowiem wykonawcy go spełniający. Fakt, iż odwołujący nie spełnia kwestionowanego warunku ze względu na brak wymaganego przez zamawiającego doświadczenia nie świadczy o tym, iż doszło do naruszenia uczciwej konkurencji. Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie oznacza bowiem, iż do udziału w postępowaniu należy dopuścić wszystkich wykonawców, którzy ewentualnie mogliby wykonać przedmiot zamówienia bez sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności należytego wykonania zamówienia. Postawiony warunek nie może być zmieniony tylko i wyłącznie z uwagi na to, że nie spełnia go dany wykonawca (w tym przypadku odwołujący). Fakt, iż kwestionowanego warunku nie spełnia odwołujący nie uzasadnia więc twierdzenia, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy tak postawione wymagania, jak ma to miejsce w niniejszym stanie faktycznym, uzasadnione są potrzebami zamawiającego. Nie wystarczy bowiem przekonanie wykonawcy, że jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie, wykazując się bogatym doświadczeniem, jednakże w obszarze innym niż objęty tym zamówieniem. Ważne jest aby wyłoniony w postępowaniu wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dlatego też Izba uznała, iż nieuprawnionym jest wymaganie od zamawiającego aby zrezygnował on z własnych interesów w postaci rękojmi należytego wykonania zamówienia, obniżając postawione wykonawcom wymogi w celu umożliwienia ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wykonawcom nie posiadającym odpowiedniego doświadczenia. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do takiego określenia warunków udziału w postępowaniu, aby w danym postępowaniu mogli wziąć udział wszyscy wykonawcy działający na rynku tego rodzaju robót.

Tym samym Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono, jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....