

Sygn. akt: KIO 1565/11

**WYROK**  
**z dnia 3 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2011 r. przez wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15B** w postępowaniu prowadzonym przez **Południowy Koncern Energetyczny S.A., 40 – 389 Katowice, ul. Lwowska 23**

przy udziale wykonawcy **Biuro Studiów Projektów i Realizacji ENERGOPROJEKT-KATOWICE S.A., 40 – 159 Katowice, ul. Jesionowa 15** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15B** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15B** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Katowicach.

**Przewodniczący:**

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Południowy Koncern Energetyczny S.A. w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na wybór wykonawcy/ów na wykonanie etapowe dokumentacji technicznej niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę bloku parowo - gazowego o mocy 135 MW w PKE S.A. - Elektrociepłownia Katowice.

ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej odwołującym, wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówienia oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. w szczególności wobec zapisów:

- 1) Sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 28.3.1 siwz w zakresie, w jakim uzależniają one możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy spełniają łącznie wymogi, o których mowa w lit. a, b, c i d tj.:

a/ wykażą się należyтым wykonaniem przynajmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji technicznej, w tym projektu budowlanego – wykonanego zgodnie z ustawą z dnia 7.7.1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm.) oraz przynależnymi rozporządzeniami, niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę bloku gazowo-parowego z członem ciepłowniczym o mocy  $\geq 40$  MWe w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie. W zakresie wykonania dokumentacji technicznej wykonawca wykaże również, że był autorem doboru parametrów eksploatacyjnych i optymalizacji konfiguracji układu technologicznego bloku gazowo-parowego z członem ciepłowniczym o mocy  $\geq 40$  MWe,

b/ wykażą się należyтым wykonaniem przynajmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji technicznej, w tym projektu budowlanego – wykonanego zgodnie z ustawą z dnia 7.7.1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm.) oraz przynależnymi rozporządzeniami, niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę instalacji podawania biomasy do parowych

kotłów energetycznych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności wykonawcy jest krótszy, to w tym okresie.

c/ wykażą się należytych wykonaniem przynajmniej jednej usługi polegającej na udziale w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowań, w tym na świadczeniu usługi doradztwa technicznego w procesie wyboru realizatora (wykonawcy) budowy nowego bloku kogeneracyjnego z członem ciepłowniczym o mocy  $\geq 40$  MWe, w ramach której wykonał również dokumenty przetargowe (ogłoszenia, siwz i in.), zakończonej rozstrzygnięciem postępowania na wybór realizatora (wykonawcy) – prowadzonego zgodnie z Prawem zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy pzp poprzez dokonanie opisu warunków i sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, art. 7 ustawy pzp poprzez przygotowanie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiający udział w postępowaniu wykonawcom, którzy ze względu na swoje doświadczenie i kwalifikacje są, obiektywnie rzecz oceniając, zdolni do wykonania przedmiotowego zamówienia, a także art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez rzeczowo nieuzasadnione zróżnicowane traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie dokonania zmian w treści ogłoszenia w sekcji III.2.3 a i b (oraz w pkt 28,3,1 a i b siwz) w ten sposób, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy zamiast warunków zawartych w ww punktach spełnią następujące wymogi:

a/ wykażą się należytych wykonaniem przynajmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji technicznej, niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę bloku gazowo-parowego z członem ciepłowniczym o mocy  $\geq 40$  MWe w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie. W zakresie wykonania dokumentacji technicznej wykonawca wykaże również, że był autorem doboru

parametrów eksploatacyjnych i optymalizacji konfiguracji układu technologicznego bloku gazowo-parowego z członem ciepłowniczym o mocy  $\geq 40$  MWe,

(zmiana polega na wykreśleniu słów: „w tym projektu budowlanego – wykonanego zgodnie z ustawą z dnia 7.7.1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm.) oraz przynależnymi rozporządzeniami”)

b/ wykażą się należytych wykonaniem przynajmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji technicznej, niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę instalacji podawania biomasy do parowych kotłów energetycznych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności wykonawcy jest krótszy, to w tym okresie.

(zmiana polega na wykreśleniu słów: „w tym projektu budowlanego – wykonanego zgodnie z ustawą z dnia 7.7.1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm.) oraz przynależnymi rozporządzeniami”)

c/ wykażą się należytych wykonaniem przynajmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji technicznej, w tym projektu budowlanego – wykonanego zgodnie z ustawą z dnia 7.7.1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm.) oraz przynależnymi rozporządzeniami, niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę bloku energetycznego lub elektrociepłowni w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności wykonawcy jest krótszy, to w tym okresie.

Wymogi określone w sekcji III.2.3 c i d ogłoszenia (oraz w pkt 28.3.1 c i d siwz) nie uległyby zmianie otrzymując nowe oznaczenie tj. odpowiednio litery d i e.

Uzasadniając zarzuty i wnioski odwołujący stwierdził, że kwestionowane warunki udziału SA nieadekwatne do przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim wymaga się, aby projekty budowlane wymienionych obiektów były wykonane zgodnie z polskim Prawem budowlanym i rozporządzeniami wykonawczymi. Odwołujący uznaje za zasadny wymóg wskazanego doświadczenia w wykonaniu dokumentacji technicznej, jednak nie powinno być ono ograniczone wyłącznie do obiektów znajdujących się na terenie Polski.

Odwołujący wskazując, że przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji technicznej, w tym projektów budowlanych oraz świadczenie usług wsparcia technicznego w zakresie niezbędnym dla uzyskania pozwoleń na budowę dla wymienionych zadań inwestycyjnych PKE S.A. Elektrociepłownia Katowice (budowa

kogeneracyjnego bloku parowo gazowego mocy ok. 135 MWe z członem ciepłowniczym o mocy 90 MWt, kotłami szczytowo-rezerwowymi o mocy 90 MWt i urządzeniami pomocniczymi, budowa instalacji magazynowania i podawania biomasy, budowa linii wyprowadzenia mocy elektrycznej z bloku gazowo-parowego do stacji 110 kV, budowa instalacji gospodarki olejem opałowym dla kotłów szczytowo-rezerwowych), stwierdził, że przy formułowaniu warunków intencją zamawiającego było zapewne, aby przyszły wykonawca posiadał doświadczenie, w tym w wykonywaniu dokumentacji z projektami budowlanymi zgodnymi z prawem polskim. W związku z tym, dla zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności warunków udziału w stosunku do przedmiotu zamówienia, wymóg ten powinien zostać wydzielony do osobnego punktu, który odnosiłby się ogólnie do bloków energetycznych lub elektrociepłowni, a nie wyłącznie do obiektów wymienionych w ogłoszeniu i siwz. Stwierdził, że dla wykazania adekwatnego do przedmiotu zamówienia doświadczenia w projektowaniu i wykonywaniu dokumentacji technicznej zgodnej z prawem polskim jest obojętne to, jakich dokładnie bloków energetycznych lub elektrociepłowni dokumentacja techniczna, w tym projekt budowlany, dotyczyła.

Wskazał na utrudnienie dostępu do rynku firm mających doświadczenie w przygotowywaniu dokumentacji technicznej, w tym projektów budowlanych dla bloków gazowo-parowych z konkretnie określoną mocą członu ciepłowniczego, czy dla instalacji podawania biomasy do parowych kotłów energetycznych, ale nie wg prawa polskiego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał w szczególności na specyfikę przedmiotu zamówienia i potrzebę realizacji w terminie. Stwierdził, że postawione warunki są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Zauważył, że również odwołujący nie kwestionuje wymogu doświadczenia w zakresie sporządzania projektów zgodnie z prawem polskim, jednakże wymóg ten stara się traktować selektywnie. Zaprzeczył jakoby postawione warunki dyskryminowały wykonawców zagranicznych (ze względu na przynależność państwową). Stwierdził, że dla oceny legalności postawionych warunków w niniejszym postępowaniu nie jest miarodajne powoływanie się na inne postępowania, w tym wskazane przez odwołującego w złożonym piśmie, pod warunkiem, że ustalone wymogi nie naruszają zasad ustawy Pzp.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Uznał, że opis warunków i sposobu dokonywania oceny

spełniania warunków udziału w postępowaniu jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zauważył, że zamawiający oczekuje wykazania wykonania jednej usługi, a nie wielu, a określając moc referencyjnego bloku gazowo-parowego nie zawyżył parametrów lecz sprowadził je do ok. 1/3 wartości oczekiwanej mocy. Ponadto okres realizacji referencyjnych usług został wydłużony w stosunku do przepisów rozporządzenia wykonawczego do art. 25 ust. 2 ustawy pzp z trzech do dziesięciu lat. Przystępujący zakwestionował również żądanie wykreślenia wskazania Prawa budowlanego stwierdzając, że uzasadnione jest oczekiwanie od wykonawcy umiejętnego interpretowania przepisów obowiązującego prawa, w miejscu realizacji inwestycji oraz doświadczenia w projektowaniu z zastosowaniem paliwa, jakim jest gaz. Stwierdził, że nabycie doświadczenia przy wykonywaniu dokumentacji technicznej do uzyskania pozwolenia na budowę dla innego rodzaju bloku niż gazowo-parowy, lub nie w odniesieniu do obowiązującego Prawa budowlanego jest nieadekwatnym doświadczeniem do planowanego przedsięwzięcia. Wskazał na możliwość składania ofert wspólnych lub powoływanie się na dysponowanie potencjałem udostępnionym przez podmioty trzecie. Na poparcie stanowiska i zasadności sformułowania warunków udziału złożył opinię Izby Projektowania Budowlanego z 02.08.2011 opracowaną przez pełnomocnika przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Podstawą rozstrzygnięcia była ocena podnoszonych zarzutów odwołania, odnoszącego się do opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku doświadczenia wymaganego od wykonawców, a opisanego w powołanych postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ.

Izba ustaliła w tym względzie, że w przywołanych zapisach SIWZ oraz w treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił kwestionowany przez odwołującego wymóg wykonania dokumentacji technicznej, w tym w tym projekcie budowlanego – wykonanego zgodnie z ustawą z dnia 7.7.1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm.) oraz przynależnymi rozporządzeniami, niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę bloku gazowo-parowego z członem ciepłowniczym

o mocy  $\geq 40$  MWe w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert oraz wykazania się należytych wykonaniem przynajmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji technicznej, w tym projektu budowlanego – wykonanego zgodnie z ustawą z Prawo budowlane oraz przynależnymi rozporządzeniami, niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę instalacji podawania biomasy do parowych kotłów energetycznych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Izba uznała, że stworzony przez Zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie narusza przepisów ustawy Pzp, tj. art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1.

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby opis sposobu dokonania oceny spełnia warunków, w tym warunku wiedzy i doświadczenia, został dokonany z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia, odnosi się do niego i jest z nim związany. Należy przy tym zauważyć, że zamawiający poprzez znaczące obniżenie parametrów mocy obiektu na potwierdzenia wykazania posiadanego doświadczenia w stosunku do mocy wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia oraz dopuszczenie wykazania się realizacjami usług z okresu 10 lat w odniesieniu do bloku gazowo-parowego oraz usług dotyczących dokumentacji dotyczącej instalacji podawania biomasy z okresu 5 lat przed terminem składania ofert znacząco poszerzył krąg potencjalnych wykonawców, co zapewnia zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Powyższe wskazuje również, że zamawiający nie oczekuje wykazania się doświadczeniem o parametrach tożsamy z przedmiotem zamówienia. Biorąc pod uwagę miejsce planowanej realizacji, za uzasadniony Izba uznaje wymóg wykazania się doświadczeniem w zakresie sporządzenia niezbędnej dokumentacji uwzględniającej przepisy Prawa budowlanego dotyczącej specyficznego bloku energetycznego, jakim jest blok parowo-gazowy. W świetle dokonanych ustaleń uznaje się, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny.



Wobec jednoznacznego sformułowania, jakiego rodzaju doświadczenie Zamawiający będzie miał na myśli dokonując badania i oceny ofert wskazującego na obowiązujące przepisy prawa, w szczególności Prawa budowlanego, Izba uznaje, że Zamawiający, dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonał tego adekwatnie do przedmiotu zamówienia nie naruszając art. 22 ust. 4 ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Do kosztów postępowania odwoławczego zaś w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła - stosownie do § 3 pkt 1 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) - koszty wpisu uiszczonego w należnej – zgodnej § 1 ust. 1 pkt 2) wskazanego rozporządzenia - wysokości od złożonego odwołania, tj. 15 000 zł.

**Przewodniczący:**