

Sygn. akt: KIO 1526/16

**WYROK**  
z dnia 29 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2016 r. przez **EthosEnergy sp. z o.o., ul. Paprotna 12A, 51-117 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97- 400 Bełchatów**

przy udziale wykonawcy **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej oraz nakazuje dokonanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp czynności wezwania wykonawcy **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia.**
2. kosztami postępowania obciąża **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97- 400 Bełchatów** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EthosEnergy sp. z o.o., ul. Paprotna 12A, 51-117 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97- 400 Bełchatów** na rzecz **EthosEnergy sp. z o.o., ul. Paprotna 12A, 51-117 Wrocław** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest remont kapitalny Turbozespołu TG-1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 czerwca 2016 roku pod poz. Dz.U./S 104 - 186701.

W dniu 16 sierpnia 2016 roku Odwołujący - EthosEnergy Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu czynności wezwania wykonawcy Doosan Babcock Energy Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, pomimo iż Wykonawca nie przedłożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku;
2. zaproszeniu wykonawcy Doosan Babcock Energy Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo niewykazania przez niego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Doosan Babcock Energy Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia polegającego na wykonaniu 2 zamówień, polegających na wykonaniu remontów turbin o mocy od 40 do 100 MW;
2. art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaproszenie wykonawcy Doosan Babcock Energy Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej, który nie wykazał spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego- zaproszenie wykonawcy Doosan Babcock Energy Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - wezwania wykonawcy Doosan Babcock Energy Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. wezwania do przedłożenia dokumentów potwierdzających wykonanie 2 zamówień polegających na wykonaniu remontów turbin o mocy od 40 do 100 MW (tj. remontów obejmujących co

najmniej otwarcie turbozespołu oraz prace w układzie przepływowym);

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu i zaproszenia wykonawców niepodlegających wykluczeniu do udziału w aukcji elektronicznej.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że Wykonawca Doosan Babcock Energy Sp. z o.o. nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zwrócił uwagę, że Zamawiający sformułował warunek w sposób jednoznaczny, tj. zażądał wykazania się dwoma zamówieniami. Wykonawca wykazał się zaś wykonaniem tylko jednego zamówienia, o czym świadczy treść przedłożonego przez niego Listu referencyjnego. Zamawiający niezasadnie uznał zatem doświadczenie, którym wykazał się Wykonawca. Na powyższe nie wpływa fakt, iż w ramach tego jednego zamówienia Wykonawca prowadził prace na dwóch turbinach. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 2 pkt 13 PZP, w brzmieniu przepisów PZP właściwych dla Postępowania, przez zamówienie publiczne rozumie się umowy odpłatne zawierane między zamawiającym i wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zgodnie zatem z definicją, istotnym elementem definicji zamówienia publicznego, a więc odpłatnej umowy, o określonym przedmiocie, jest konieczność, żeby taka umowa zawierana była pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Odwołujący podkreślił, że to nie ilość wyremontowanych turbin jest kluczowym dla spełnienia wymogu wiedzy i doświadczenia, ale wykazanie się dwoma zamówieniami. Gdyby Zamawiający miał na celu skonstruowanie wymogu w oparciu o ilość wyremontowanych turbin, postanowienie SIWZ brzmiałoby następująco: „Wykonawca musi wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat (60 miesięcy) (...) remonty co najmniej dwóch turbin o mocy 40 do 100 MW”. Zamawiający jednak sformułował treść warunku inaczej, więc winien był wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadaną wiedzę i doświadczenie lub ewentualnie, do przedłożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 PZP. Odwołujący podniósł, że z literalnego brzmienia wymogu SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia jednoznacznie wynika konieczność przedłożenia dwóch referencji i wykazania się należytych wykonaniem dwóch umów. Wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zrozumieli warunek udziału w postępowaniu w ten sam sposób, poza Wykonawcą. Uznanie doświadczenia Wykonawcy prowadzi do tego, że jest faworyzowany na tle pozostałych uczestników postępowania, gdyż tylko on, nie musiał przedłożyć przynajmniej dwóch referencji, potwierdzających należyte wykonanie dwóch umów - czyli dwóch zamówień. W ocenie Odwołującego, odmienna interpretacja opisywanego postanowienia SIWZ, prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, którzy wykazali się wykonaniem przynajmniej dwóch odrębnych zamówień oraz należytych wykonaniem przynajmniej dwóch umów, w rozumieniu zgodnym z ustawą PZP i SIWZ. Wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego rządzi się zasadą formalizmu, która ma wyeliminować potencjalną

arbitralność zamawiających w zakresie podejmowanych przez nich decyzji w toku prowadzonych postępowań. Tym większe ma to znaczenie wobec wprowadzenia do zasad udzielenia zamówień publicznych zasady przejrzystości.

W dalszej części Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 91b ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp, bowiem pomimo braku wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania przez Wykonawcę posiadanej wiedzy i doświadczenia, zaprosił Wykonawcę do aukcji elektronicznej, tym samym dopuszczając Wykonawcę do dalszego udziału w postępowaniu pomimo, iż ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

W rozdziale V pkt 2 SIWZ, Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, przy czym w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy muszą wykazać, że wykonali w okresie ostatnich 5 lat (60 miesięcy) przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy, to w tym okresie, przynajmniej 2 zamówienia polegające na wykonaniu remontów turbin o mocy od 40 do 100 MW (tj. remontów obejmujących co najmniej otwarcie turbozespołu oraz prace w układzie przepływowym). Opis sposobu oceny spełniania warunku - na podstawie złożonych dokumentów i oświadczenia art. 22 ustawy PZP. Celem potwierdzenia spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu wykonawca Doosan Babcock Energy Sp. z o.o. przedłożył w swojej ofercie wykaz wykonanych zamówień, zgodnie z załącznikiem nr 4 do oferty, w którym wskazano realizacje na rzecz EDF Polska S.A.: 1. Remont kapitalny kapitalizowany i modernizacja turbiny TG2 Gdynia w okresie 07.05.2014 - 31.12.2014, 2. Remont kapitalny kapitalizowany i modernizacja turbiny TG3 Gdańsk w okresie 15.05.2014 - 31.12.2014. Zakres prac obejmował wykonanie remontu kapitalnego turbozespołu obejmującego m.in. otwarcie turbozespołu oraz prace w układzie przepływowym zgodnie z umową z dnia 15.04.2014 roku o numerach 6510031866 oraz 65510031865. Do oferty załączono także list referencyjny z dnia 2 lipca 2015 roku, wystawiony przez spółkę EDF Polska S.A., w którym wskazano, iż „Firma Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. wykonała w okresie od maja do grudnia 2014 roku na zlecenie EDF Polska S.A. zadanie pn.: „Remont kapitalny kapitalizowany i modernizacja turbin: TG2 Gdynia i TG3 Gdańsk w EDF Polska S.A. Oddział Wybrzeże”. W treści podano także zakres prac remontowych na TG2 Gdynia oraz TG3 Gdańsk i wskazano, że usługa została wykonana należyście i terminowo.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W art. 22 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca wskazał w sposób blankietowy, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek dotyczący „niezbędnej wiedzy i doświadczenia”. Zamawiający na etapie kształtowania postanowień ogłoszenia oraz siwz winien skonkretyzować określenie „niezbędna wiedza i doświadczenie” w sposób adekwatny, proporcjonalny do danego zakresu i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia. Doprecyzowanie pojęcia „niezbędna wiedza i doświadczenie” może nastąpić przez podanie ilości, wartości wykonanych zamówień (dostaw, robót budowlanych czy usług) czy też określenia zakresu i charakteru wykonanych prac.

Opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu należy interpretować zgodnie z ich literalnym brzmieniem, w sposób ścisły i niedopuszczalna jest zmiana sposobu ich rozumienia po złożeniu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby warunek udziału w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne został określony w sposób jasny i precyzyjny. Obowiązkiem wykonawców, ubiegających się o udzielenie tego zamówienia publicznego było wykazanie się realizacją co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu remontu turbin o mocy od 40 do 100MW. Wynika z tego, że istotnym dla Zamawiającego parametrem ocenianym w ramach tego warunku była ilość zrealizowanych zamówień, obejmujących wykonanie remontu turbin o określonej mocy, zaś sama ilość czy też wartość turbin zrealizowana w ramach danego zamówienia nie miała znaczenia dla oceny spełniania tego warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający zatem uznał, że niezbędnym do realizacji tego zamówienia doświadczeniem rozumianym jako pewna wprawa, umiejętność jest wielokrotne wykonywanie powtarzanych zamówień a nie wykonanie jednego zamówienia, choćby obejmowało ono nawet kilka fizycznie wyodrębnionych realizacji. Przy czym pod pojęciem „zamówienia” należy w tym przypadku rozumieć przedsięwzięcie obejmujące całość realizacji poczynwszy od jej logistycznego przygotowania, organizacji pracy aż po uzyskanie efektu finalnego w postaci wyremontowania turbiny o określonej mocy.

Gdyby przyjęć za prawidłowe rozumienie warunku wiedzy i doświadczenia zaprezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego w toku rozprawy, to warunek wiedzy i doświadczenia winien wskazywać, iż zamawiający wymaga realizacji zamówień polegających na wykonaniu remontów co najmniej 2 turbin o mocy od 40 do 100MW. Przy takim sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu dopuszczalnym byłoby wykazanie się nawet jednym zamówieniem w ramach którego zrealizowano remont co najmniej 2 turbin.

Przeprowadzona rozprawa oraz złożone jako dowód w sprawie: umowa z dnia 15.04.2014 r., ogłoszenie o zamówieniu wskazują, że zamówienie referencyjne realizowane na rzecz EDF Polska S.A. obejmowało remont dwóch turbin dla TG2 Gdynia, TG3 Gdańsk. Zamówienie to, mimo wskazywanych przez Przystępującego pewnych odrębności co do: lokalizacji, numerów umów czy odrębnego naliczania kar umownych - zostało zlecone w wyniku jednego postępowania, jedną umową, zawartą dnia 15.04.2014 r. Tożsamość podmiotowa (w obu przypadkach EDF Polska sp. z o.o. jest zlecającym), zbieżność czasowa (obie realizacje w okresie maj - grudzień 2014 roku) a także fakt zawarcia jednej umowy świadczą o tym, że realizacja polegająca na wykonaniu remontu turbin TG2 Gdynia, TG3 Gdańsk była jednym przedsięwzięciem (zamówieniem). Okoliczność ta powoduje, że wykazane przez wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska sp. z o.o. doświadczenie nie stanowi, zdaniem Izby, potwierdzenia „niezbędnej wiedzy i doświadczenia” w stopniu wymaganym przez Zamawiającego. Z uwagi na brak złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zachodzi konieczność zastosowania procedury, przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania wykonawcy Doosan Babcock Energy Polska sp. z o.o. do uzupełniania dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....