

Sygn. akt: KIO 1632/11

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Worx Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, 75-037 Koszalin, ul. Zwycięstwa 42** (adres do korespondencji: **Worx Consulting Sp. z o.o., 00-686 Warszawa, ul. Św. Barbary 1**) w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowo – Produkcyjne LECH Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, 15-110 Białystok, ul. Kombatantów 4,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Worx Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, 75-037 Koszalin, ul. Zwycięstwa 42 (adres do korespondencji: **Worx Consulting Sp. z o.o., 00-686 Warszawa, ul. Św. Barbary 1**) i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Worx Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, 75-037 Koszalin, ul. Zwycięstwa 42** (adres do korespondencji: **Worx Consulting Sp. z o.o., 00-686 Warszawa, ul. Św. Barbary 1**) tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy **Worx Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, 75-037 Koszalin, ul. Zwycięstwa 42 (adres do korespondencji: Worx Consulting Sp. z o.o., 00-686 Warszawa, ul. Św. Barbary 1)** na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowo – Handlowo – Produkcyjnego LECH Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, 15-110 Białystok, ul. Kombatantów 4** kwotę **3 911 zł 52 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset jedenaście złotych pięćdziesiąt dwa grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowo - Produkcyjno LECH Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, zwane 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”, wszczął, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Kontrakt nr 5 „Budowę Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Białymstoku.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 lipca 2011 r., nr 2011/S 141-234031.

W dniu 29 lipca 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Worx Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 29 lipca 2011 2010 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego oraz od treści ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie

1. art. 22 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu, sposobu dokonywania oceny spełniania warunków oraz znaczenia tych warunków w sposób nieproporcjonalny, niejasny i nieprecyzyjny, naruszający zasadę przeprowadzania postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie zbyt krótkiego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania i uniemożliwia Odwołującemu złożenie prawidłowego wniosku spełniającego wymagane kryteria.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia w następującym zakresie:

1. w sekcji III.2.3)a) celem zmniejszenia wymagań dotyczących Wykonawcy przez wykreślenie słów „co najmniej jedną robotę budowlaną, której przedmiotem było wybudowanie nowego zakładu termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych o wydajności nominalnej co najmniej 100 000 Mg/rok spalanych odpadów” i zastąpienie ich treścią „co najmniej jedną robotę budowlaną, której przedmiotem było wybudowanie nowego zakładu termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych o wydajności nominalnej co najmniej 60 000 Mg/rok spalanych odpadów”,

2. w sekcji IV.3.4) przez wykreślenie dotychczasowego terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyznaczonego na dzień 16.09.2011 i zastąpienie tego terminu nowym adekwatnym dla zapewnienia równego udziału w postępowaniu wszystkim Wykonawcom, tj. 18.10.2011 r.
3. w sekcji III.2.3)b)ii) celem zmniejszenia wymagań wobec Projektanta Instalacji przez wykreślenie słów „wykonał lub kierował wykonaniem projektów co najmniej dwóch instalacji termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych o nominalnej wydajności co najmniej 100 000 Mg/rok każda, w tym co najmniej jednej z zastosowaniem rusztowej technologii spalania” i zastąpienie ich treścią „wykonał lub kierował wykonaniem projektów co najmniej dwóch instalacji termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych o nominalnej wydajności co najmniej 60 000 Mg/rok każda, w tym co najmniej jednej z zastosowaniem rusztowej technologii spalania”,

oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Tymczasem Zamawiający określił wymagania dotyczące doświadczenia Wykonawcy i Projektanta Instalacji w sposób nadmierny i nieproporcjonalny wobec przedmiotu zamówienia. Zarzut dotyczy nadmiernych wymagań wobec Wykonawcy i Projektanta Instalacji w części dotyczącej wybudowania wydajności nominalnej zakładu termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych poprzez określenie co najmniej 100 000 Mg/rok. W Polsce została wybudowana dotychczas tylko jedna spalarnia odpadów komunalnych, która jest zlokalizowana w Warszawie i jest ona o wydajności 60 000 Mg/rok. Wykonawca, którego doświadczenie dotyczy wybudowania zakładu o wydajności nominalnej 60 000 Mg/rok jest zdolny do wybudowania zakładu o wydajności 120 000 Mg/rok. Stopień trudności wybudowania i zaprojektowania instalacji zakładu o wydajności 60 000 Mg/rok jest porównywalny do wybudowania i zaprojektowania zakładu o wydajności 120 000 Mg/rok, gdyż stosuje się identyczną technologię i rozwiązania techniczne, które stanowią podstawę wybudowania i zaprojektowania zakładu tyle, że należy uwzględnić zwiększoną wydajność. Proces projektowania i budowy zakładu o mniejszej wydajności w zakresie podstaw jest tożsamy z procesem projektowania i budowy zakładu o zwiększonej wydajności. Dlatego też wymagania jakie postawił Zamawiający Wykonawcy Projektantowi Instalacji w tym zakresie są zbyt wygórowane.

Drugi zarzut dotyczy zbyt krótkiego terminu składania wniosków. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji gdy Wykonawca korzysta z partnerów zagranicznych, celem wspólnego ubiegania się o zamówienie. Wówczas dla udokumentowania uprawnień wydanych według przepisów kraju ich uzyskania wymagany jest odpowiedni okres czasu celem uzyskania

aktualnych dokumentów od uprawnionych organów w danym kraju oraz ich przetłumaczenie. Czynności te wpływają na wydłużenie się czasu niezbędnego do skompletowania całości dokumentów umożliwiających złożenie wniosku z zachowaniem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 5 sierpnia 2011 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Jednocześnie podkreślając, iż przedmiotem zamówienia jest kluczowy element w postaci jednej kompletnej linii termicznego przekształcania odpadów komunalnych o planowanej wydajności 120 000 Mg/rok. Sporny parametr 100 000 Mg/rok wynika ze skali inwestycji. Jest on obniżony w ramach warunku, aby nie pozbawić możliwości ubiegania się o zamówienie tych podmiotów, które są zdolne do jego wykonania. Parametr wydajności nominalnej w wysokości 100 000 Mg/rok jest nie tylko proporcjonalny ale i wyznacza próg efektywności technicznej i ekonomicznej zakładu termicznego przekształcania odpadów. Zamówienie obejmuje jeden kompletny i funkcjonalny zakład oparty na jednej linii technologicznej, będący jedną z największych inwestycji w Białymstoku. W tym roku i inny Zamawiający wszczął postępowanie na zaprojektowanie i budowę kompletnego Zakładu Termicznego Przekształcania odpadów w Krakowie, składającego się z dwóch linii technologicznych, z których każda ma mieć wydajność 110 000 Mg/rok i we wskazanym w ogłoszeniu terminie wpłynęło trzynaście wniosków. Oznacza to więc, że tak określone warunki udziału w postępowaniu zapewniają rzeczywistą konkurencję i pozostają zgodne z zasadami udzielania zamówień.

Odnosnie zarzutu dotyczącego terminu składania wniosków wskazał, iż uwzględniając złożoność zamówienia wyznaczył odpowiednio dłuższy termin składania wniosków (tj. do dnia 16 września 2011 r.) wynoszący aż 65 pełnych dni, a więc dwukrotnie dłuższy od terminu ustawowego. Natomiast odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił żądanego terminu, ani też nie podał ewentualnych podstaw jego obliczenia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, 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 ustawy Pzp.

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

Zarzut pierwszy dotyczący opisu warunku udziału w postępowaniu, sposobu dokonywania opisu tego warunku oraz znaczenia tych warunków w sposób nieproporcjonalny, niejasny i nieprecyzyjny nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu sekcja III.2.3)a) postawił wymóg aby wykonawca celem wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem zobowiązany jest wykazać się realizacją w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną, której przedmiotem było wybudowanie nowego zakładu termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych o wydajności nominalnej co najmniej 100 000 Mg/rok spalanych odpadów (wskazna wydajność dotyczy wyłącznie instalacji termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych)".

Odwołujący zakwestionował powyższe, zarzucając kwestionowanym postanowieniom nieproporcjonalność, niejasność i nieprecyzyjność, co – w jego ocenie - narusza zasadę przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz być do niego proporcjonalny. Ma on bowiem doprowadzić do wyłonienia wykonawcy, który jest zdolny do realizacji zamówienia będącego przedmiotem danego postępowania, a jednocześnie ograniczyć sytuacje, w których wyłoniony wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub też wykonać go z należytą starannością. Opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinien być więc związany z przedmiotem zamówienia, a co oznacza, że powinien być dokonany z punktu widzenia celu jakiemu ma służyć, a mianowicie wyłonienia wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, jak również powinien być adekwatny do przedmiotu zamówienia, tj. w tym konkretnym stanie faktycznym dany wymóg (wydajność wybudowanego zakładu) winien być określony adekwatnie do wielkości przedmiotu zamówienia, a więc wydajności realizowanego zakładu.

W ocenie Izby, wymóg postawiony przez Zamawiającego, aby wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie legitymowali się doświadczeniem w realizacji zakładu termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności nominalnej 100 000 Mg/rok spalanych odpadów, jest wymogiem postawionym prawidłowo. Taki opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest bowiem w pełni uzasadniony szczególną specyfiką zamówienia i jego nowatorskim charakterem. Zamówienie tego typu – co

konsekwentnie podkreślał Zamawiający – jest jednym z pięciu tego rodzaju zamówień jakie mają być zrealizowane w skali całego kraju, współfinansowanym ze środków europejskich, co tym samym nakłada na Zamawiających je realizujących obowiązek zachowania warunków jego realizacji postawionych przez instytucję wdrażającą. Wymagany parametr (100 000 Mg/rok) wynika więc ze skali realizowanej inwestycji. Wyznacza go także próg efektywności technicznej i ekonomicznej zakładu termicznego przekształcania odpadów. Realizowany zakład ma być bowiem oparty na jednej nowoczesnej linii technologicznej o wysokiej wydajności (120 000 Mg/rok). Tak więc twierdzenia Odwołującego jakoby uzasadnieniem dla obniżenia kwestionowanego parametru (parametru wydajności 100 000 Mg/rok) do 60 000 Mg/rok była okoliczność, iż zarówno do projektowania zakładu o wydajności 60 000 Mg/rok, jak i 120 000 Mg/rok stosuje się identyczną technologię i rozwiązania techniczne, co ma pozwolić na obniżenie postawionego wymogu są gołosłowne. Odwołujący poza ogólnikowymi twierdzeniami nie przedstawił bowiem żadnych dowodów na potwierdzenie stawianych w odwołaniu tez. Przeciwnie przy identyczności określonych elementów, zwrócił jednak uwagę na konieczność uwzględnienia zwiększonej wydajności, a więc istotny element realizowanego zakładu. Okolicznością przemawiającą za jego obniżeniem nie może być także i to, iż wydajność jedyne dotychczas zrealizowanego w Polsce zakładu jest niższa (60 000 Mg/rok), gdyż – jak słusznie zauważył Zamawiający – powołany zakład został zrealizowany w 2001 r. Tak więc żaden z wykonawców – w świetle obowiązujących przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) nie mógłby powołać się na doświadczenie zdobyte podczas jego realizacji. Niemniej jednak na rynku – co wykazał zamawiający – istnieje szereg podmiotów spełniających postawione w ogłoszeniu o zamówieniu warunki. Przykładowo wskazał on na inne postępowanie, dotyczące także realizacji zakładu termicznego przekształcania odpadów, w którym przy jeszcze wyżej określonym parametrze wydajności (110 000 Mg/rok) wnioski złożyło trzynastu wykonawców. A ponieważ - jak już podkreślono – przedmiotem niniejszego postępowania jest realizacja nowatorskiego i unikatowego w skali kraju zakładu termicznego o wysokiej wydajności postawienie takiego wymogu co do posiadanego doświadczenia wykonawcy i Projektanta Instalacji jest w pełni uzasadnione. Izba nie dopatrzyła się więc naruszenia powołanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący ustalenia zbyt krótkiego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 lipca 2011 r., nr 2011/S 141-234031. W treści ogłoszenia termin składania wniosków określono na dzień 16 września 2011 r.

Odwołujący powyższe zakwestionował, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i jednocześnie podnosząc, iż Zamawiający wyznaczył zbyt krótki termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, co słusznie podniósł Zamawiający, Odwołujący w tym zakresie postawił jedynie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie postawił natomiast zarzutu naruszenia art. 49 ust. 2 ustawy Pzp, który reguluje wymogi odnoszące się do terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym. Przepis ten (art. 49 ust. 2 ustawy Pzp) stanowi bowiem, iż „(...) termin ten nie może być krótszy niż 30 dni (...)”. Zamawiający – co wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu i co sam podkreślił w odpowiedzi na odwołanie – na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyznaczył termin dłuższy niż wynikający z przepisów ustawy Pzp, a mianowicie wynoszący 56 dni. Nie naruszył więc nie tylko, że wyżej powołanego przepisu, ale i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż takie wydłużenie terminu, jak uczynił to Zamawiający w niniejszym postępowaniu, niewątpliwie pozwala wszystkim wykonawcom na prawidłowe przygotowanie i złożenie wniosków, jednakowo przy tym traktując wszystkich potencjalnych wykonawców (polskich i zagranicznych).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 557,14 zł oraz dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 354,38 zł.

Przewodniczący: