

Sygn. akt KIO/UZP 339/10

WYROK
z dnia 30 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Ewa Sikorska

Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie w dniu **26 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Piotr Kalemba prowadzący działalność gospodarcza pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, ul. Zdrój 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7** protestu z dnia **9 lutego 2010 r.**

przy udziale **BinŻ S.A., 97-400 Bełchatów, ul. Olsztyńska 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Piotr Kalemba, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, ul. Zdrój 6 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Piotra Kalembe prowadzącego działalność gospodarcza pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, ul. Zdrój 6;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 1 200 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych 00/100) przez **Piotra Kalembę prowadzącego działalność gospodarcza pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, ul. Zdrój 6** na rzecz **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Piotra Kalembę prowadzącego działalność gospodarcza pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, ul. Zdrój 6**

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

Zamawiający PGE Elektrownia Bełchatów S.A. (dalej: „Zamawiający” lub „PGE Elektrownia Bełchatów S.A.”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (zamówienie sektorowe) w trybie przetargu nieograniczonego na wyłonienie wykonawcy w przedmiocie dostosowania składowiska popiołu i żużla Lubień do eksploatacji w X etapie; nr sprawy: FU.290-51/ZP/2009 opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 lutego 2010 roku pod numerem 2010 /S 22 -031479; publikacja ogłoszenia na stronie internetowej zamawiającego nastąpiła 28 stycznia 2010 roku po uprzednim przekazaniu ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

9 lutego 2010 roku Piotr Kalemba prowadzący działalność gospodarcza pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW (dalej „FRANSŁAW” lub „Odwołujący”) wniósł protest „wobec treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 28.01.2010r. a także wobec postanowień SIWZ”, zarzucił Zamawiającemu naruszenie: „art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 oraz art. 25 cytowanej Ustawy w zw. z § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów dnia 19 maja 2006r. (Dz. U Nr 87 poz. 605 z późn. zm.) przejawiające się

określeniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia niezbędnego do prawidłowego wykonania zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz przejawiające się przekroczeniem uprawnień Zamawiającego w zakresie żądania od wykonawców dokumentów co skutkuje oczywistym naruszeniem interesu prawnego wykonawcy składającego protest." Odwołujący wniósł o dokonanie zmiany warunków udziału w postępowaniu przez dokonanie zmiany treści ogłoszenia w pkt. III. 2.3).1 oraz odpowiednio treści SIWZ w pkt. 5.1.2. i zastąpienie zapisu:

- a) *formowaniu na składowisku(ach) popiołu i żużla wałów/nasypów z odpadu o kodzie 10 01 80 o kubaturze minimum 40 000m³,*
- b) *budowie/montażu rurociągów stalowych o długości powyżej 1.000m z rur o średnicy powyżej 300mm,*
- c) *budowie/montażu stalowych studni przelewowych o średnicy powyżej 100cm;*

zapisem następującej treści:

- a) *formowaniu/dociążaniu na składowisku (ach) odpadów wałów/nasypów z odpadów lub materiału piaszczystego lub humusu o kubaturze minimum 40 000m³,*
- b) *budowie/montażu rurociągów długości powyżej 1 000 m z rur o średnicy powyżej 300mm,*
- c) *budowie/montażu studni przelewowych o średnicy powyżej 100 cm"*

W ocenie Odwołującego warunek udziału w postępowaniu, w sposób nieuzasadniony, nieuprawniony i niedopuszczalny nazbyt szczegółowo wskazuje prace, które uzna za odpowiadające swoim rodzajem do przedmiotu zamówienia. Odwołujący dowodzi również, iż tak ustalone przez Zamawiającego warunki niesłusznie eliminują z postępowania tych wykonawców, którzy posiadają wystarczające doświadczenie do realizacji zamówienia i faktycznie są w stanie zadanie rzetelnie wykonać (...), którzy mogą wykazać się realizacją prac polegających na budowie, formowaniu, dociążeniu itp. wałów/nasypów na składowiskach odpadów i nie tylko o kubaturze znacznie przekraczającej żadaną ale (...) nie wykonywali tych prac (...) na składowiskach popiołu i żużla i nie z odpadu wyłącznie o kodzie 10 01 80, a z innych odpadów i materiałów,(...) posiadających doświadczenie w budowie /montażu rurociągów oraz studni przelewowych o zakresie większym od wymaganych ale (...) innych niż stalowe.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający określając wymaganie w zakresie warunku w taki sposób przekroczył uprawnienia wynikające z przepisu § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów dnia 19 maja 2006r. (Dz. U Nr 87 poz. 605 z późn. zm.) uprawniające Zamawiającego jedynie do żądania wykazania się przez Wykonawców wykonaniem

lub wykonywaniem usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

15 lutego 2010 roku do postępowania protestacyjnego, po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca BinŻ S.A. z siedziba ul. Olsztyńska 3, 97-400 Bełchatów (dalej: Przystępujący" lub „BinŻ S.A.).

W dniu 19 lutego 2010 roku zamawiający powiadomił wykonawców o rozstrzygnięciu protestu – zamawiający oddalił protest w całości z uwagi na jego bezzasadność. W ocenie Zamawiającego zarzuty oraz argumentacja zawarta w proteście nie zasługiwały na uwzględnienie ponieważ:

- 1) Zamawiający nie naruszył regulacji art. 25 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący nie określił żądania w zakresie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów (Odwołujący nie określa w jaki sposób SIWZ ma zostać zmieniona w zakresie dokumentów),
- 2) § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów dnia 19 maja 2006r – Zamawiający podkreślił, iż zarządzenie, na które powołuje się Odwołujący już nie obowiązuje; jednocześnie Zamawiający wskazuje, że regulacja art. 138c ust. 1 pkt 2 PZP umożliwi mu żądanie także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp,
- 3) Zamawiający nie naruszył art. 7 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ formułując warunek, nie uniemożliwił wykonawcom mającym doświadczenie wzięcia udziału w postępowaniu, bowiem formułowanie wałów z innych materiałów (odpadów) niż o kodzie 10 01 80 (mieszanki popiołowo – żużlowe z mokrego odprowadzania odpadów paleniskowych) w miejscach innych niż składowiska odpadów paleniskowych oraz wykonanie rurociągów i studni z materiałów innych niż stalowe, nie daje gwarancji wystarczającego doświadczenia,
- 4) Zamawiający nie naruszył regulacji art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem przepis ten zamawiający może stosować fakultatywnie.

25 lutego 2010 roku wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący podtrzymał zarzuty w zakresie naruszenia - art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 25 ustawy Pzp przejawiające się określeniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia niezbędnego do prawidłowego wykonania zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - przejawiające się przekroczeniem uprawnień Zamawiającego w zakresie

żądania od wykonawców dokumentów, co skutkuje oczywistym naruszeniem interesu prawnego wykonawcy składającego protest. Odwołujący wnosi w odwołaniu o:

1) *Nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia tak aby wymóg ten był zgodny z prawem i adekwatny do opisu przedmiotu zamówienia; nakazanie zmiany treści ogłoszenia w pkt. III. 2.3)1 oraz odpowiednio treści SIWZ w pkt. 5.1.2. i wprowadzenie odpowiednio w ogłoszeniu i SIWZ zapisów o zmienionej treści w sposób następujący: „posiadania wiedzy i doświadczenia, a mianowicie w okresie ostatnich sześciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują należycie prace polegające na:*

- a) formowaniu/dociążaniu na składowisku (ach) odpadów wałów/nasypów z odpadów lub materiału piaszczystego lub humusu o kubaturze minimum 40000m³,*
- b) budowie/montażu rurociągów długości powyżej 1 000 m z rur o średnicy powyżej 300mm,*
- c) budowie/montażu studni przelewowych o średnicy powyżej 100cm"*

2) *Alternatywne nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Ustawy, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

22 marca 2010 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca BinŻ S.A. wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. 28 stycznia 2010 roku, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów, jednakże po wejściu w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy

o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591). Odwołujący odniósł się w proteście do nieobowiązujących na dzień ogłoszenia postępowania przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2006 nr 87 poz 605 ze zm.), jednakże składając odwołanie Odwołujący powołał właściwe, obowiązujące rozporządzenie, a zmiana ta nie miała wpływu na zdefiniowany przez Odwołującego zarzut. Odwołujący nie podtrzymał w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 22 ust. ustawy.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, dowód ze stanowisk oraz oświadczeń stron złożonych ustnie do protokołu, a także przedłożone przez pełnomocnika Odwołującego referencje ewentualnego podwykonawcy oraz przedłożone przez pełnomocnika Zamawiającego pismo – odpowiedź Zamawiającego wraz z załączoną ekspertyzą.

Izba ustaliła, że Zamawiający zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania dotyczące opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Formułując wymagania Zamawiający żądał, aby wykonawcy wykazali się realizacją usługi polegającej na:

- a) formowaniu na składowisku(ach) popiołu i żużła wałów/nasypów z odpadu o kodzie 10 01 80 o kubaturze minimum 40 000m³,
- b) budowie/montażu rurociągów stalowych o długości powyżej 1.000m z rur o średnicy powyżej 300mm,
- c) budowie/montażu stalowych studni przelewowych o średnicy powyżej 100cm.

Wymagania określone przez Zamawiającego zostały powiązane z przedmiotem zamówienia oraz są adekwatne do określonego warunku. Zadaniem Zamawiającego jest ukształtowanie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku tak, aby Wykonawcy, którzy spełnili opisane wymagania dawali pewność, że w przypadku udzielenia im zamówienia, podołają przedsięwzięciu i jednocześnie wykonają je należycie.

Wymaganie w stosunku do wykonawców wykazania się realizacją usługi formowania na składowisku żużla i popiołu wałów / nasypów o kodzie 10 01 80 (mieszanki popiołowo –

żużlowe z mokrego odprowadzania odpadów paleniskowych) o kubaturze minimum 40 000 m³ jest wymaganiem związanym z przedmiotem zamówienia, ponieważ te właśnie usługi stanowią przedmiot zamówienia, a wskazana kubatura jest mniejsza od określonej w przedmiocie zamówienia (w opisie przedmiotu zamówienia mowa o kubaturze ok. 500 000 m³). Zmiana w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia poprzez dopuszczenie „formowania/dociążania” na składowisku (ach) „odpadów” wałów/nasypów z odpadów lub materiału piaszczystego lub humusu”, a także budowy rurociągów i studni przelewowych z innych niż stalowych materiałów gwarantowała Odwołującemu możliwość przystąpienia do postępowania, ale Odwołujący nie wykazał, że posiadanie takiego doświadczenia (jakim legitymuje się Odwołujący) gwarantuje realizację usługi w sposób należyty dający gwarancję poprawnej realizacji zamówienia. Odwołujący nie wykazał nic poza własnym przekonaniem, że potrafiłby wykonać przedmiotowe zamówienie w sposób należyty.

Odwołujący wskazał na rozprawie, że miał możliwość przystąpienia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego korzystając z doświadczenia podmiotów trzecich, jednakże nie uczynił tego. Zgodnie z treścią art. 26 ust 2b ustawy Pzp wprowadzonego ustawą z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) powołanie się Odwołującego na referencje jakie posiada podwykonawca, którym chciałby się posłużyć przy realizacji zamówieni umożliwiało Odwołującemu przystąpienie do postępowania, ponieważ ustawodawca dopuścił możliwość posługiwania się przez wykonawców doświadczeniem podmiotów trzecich.

Zamawiający kształtując opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu kierował się minimalnymi wymaganiami w stosunku do wykonawców jakie są niezbędne do zagwarantowania prawidłowej realizacji zamówienia, nie jest więc uprawnionym stawianie Zamawiającemu zarzutu ograniczenia możliwości w pozyskanie zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku takiego ukształtowania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który „dopuszczałby” do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców zainteresowanych zamówieniem, gdyż to opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu powiązany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego ma zagwarantować Zamawiającemu weryfikację wykonawców ubiegających się o zamówienie dającą Zamawiającemu pewność, iż wykonawca spełniający wymagania podoła realizacji zamówienia.

W ocenie Izby opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku ukształtowany przez Zamawiającego jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i powiązany z przedmiotem

zamówienia; wymagania Zamawiającego zawarte w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w ocenie Izby nie narusza praw Odwołującego. W ocenie Izby nie zostało dowiedzione przez Odwołującego - gdyż to na Odwołującym, zgodnie z art. 6 k.c., ciąży obowiązek udowodnienia stawianych zarzutów – iż przygotowany przez Zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia został sporządzony niezgodnie z regulacją ustawy Prawo zamówień publicznych przez co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, w wysokości proporcjonalnej do kosztów wskazanych w rachunku z dnia 26 marca 2010 roku złożonego do akt sprawy tj. w wysokości 1 200,00 zł. z uwagi na brak uzasadnienia zasądzania kosztów w przedmiocie analizy prawnej protestu oraz sporządzenia projektu rozstrzygnięcia protestu do kosztów postępowania odwoławczego - zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....