

Sygn. akt: KIO/420/11

WYROK
z dnia 15 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2011 r. przez **Przedsiębiorstwo Handlu Zagranicznego Bartimpex S.A., Al. Szucha 9, 00-580 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A., Al. Stanów Zjednoczonych 61, 04-028 Warszawa**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Handlu Zagranicznego Bartimpex S.A., Al. Szucha 9, 00-580 Warszawa i: zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Handlu Zagranicznego Bartimpex S.A., Al. Szucha 9, 00-580 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Przygotowanie i wykonanie inspekcji wewnętrznej tłokami pomiarowymi gazociągu DN 1400 relacji Kondaratiuki - Mallnov”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 23 lutego 2011 r., pod nr: 2011/S 37-060867.

W postępowaniu tym wykonawca Przedsiębiorstwo Handlu Zagranicznego Bartimpex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 28 lutego 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w dniu 3 marca 2011 r.

Złożone odwołanie dotyczy postanowień ogłoszenia o zamówieniu co do wymogu dotyczącego zdolności technicznej (ust. 2 i ust. 4 pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu). W treści odwołania wskazano także, że jest ono złożone wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nr ZP/SGT-36/2011 opublikowanej na stronie internetowej z dnia 18 lutego 2011 r. W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Odwołujący wniósł o wykreślenie wskazanych punktów treści ogłoszenia o zamówieniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że zaproponowany przez Zamawiającego sposób oparty na normie narodowej amerykańskiej w sposób istotny ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy posiadają personel wykwalifikowany i certyfikowany według innych norm lub przepisów regulujących weryfikację żadanego poziomu kwalifikacji przy wykonywaniu przewidzianego zamówieniem zadania. Podkreślił też, że wskazana norma nie jest przepisem obligatoryjnym obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej.

Pismem z dnia 10 marca 2011 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania na jego rzecz. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał na następujące kwestie:

- 1) Odwołanie powinno być oddalone z uwagi na brak po stronie Odwołującego interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że Odwołujący w wystarczający sposób nie wykazał tego interesu, a treść odwołania wskazuje jakby Odwołujący występował z nim w obronie potencjalnych wykonawców. Interes ten nie został skonkretyzowany po stronie Odwołującego.
- 2) Treść odwołania narusza dyspozycję art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań poprzez brak sprecyzowania w odwołaniu czynności Zamawiającego, której dotyczy oraz której zarzuca Odwołujący niezgodność z przepisami jak również okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Zamawiający podniósł, że w treści odwołania wskazano, iż jest ono złożone wobec treści Specyfikacji, tymczasem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu jeszcze nie opracował i nie opublikował Specyfikacji. Odwołujący podkreślił także, że w treści odwołania nie wskazano identyfikacji Dziennika Urzędowego UE, w którym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane.
- 3) Zamawiający podniósł, że nie naruszył przepisów ustawy Pzp, formułując wymóg odnoszący się do certyfikowania personelu wykonawcy. Podkreślił, że nie wymagał, aby personel był zatrudniony przez wykonawcę, użycie określenia „dysponuje” dopuszcza możliwość wypożyczenia personelu, jeśli wykonawca jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, a nie posiada personelu z żądanymi kwalifikacjami, dopuszcza on także możliwość posłużenia się podwykonawcami, którzy legitymują się wymaganymi kwalifikacjami
- 4) Określone przez Zamawiającego wymagania co do kwalifikacji personelu, który będzie brał udział w realizacji zamówienia nie naruszają żadnego przepisu ustawy Pzp, w szczególności przepisów dotyczących opis przedmiotu zamówienia , w tym również nie naruszają art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.
- 5) Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie wskazał jakimi potencjalnie innymi normami mogą charakteryzować się osoby wykonujące zamówienie. Wskazał, że na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania utrudnienia uczciwej konkurencji. Zdaniem Zamawiającego podana norma amerykańska jest powszechnie stosowaną w Europie. Podkreślił, że norma ta jest zalecana przez Pipeline Operators Forum – międzynarodową organizację zrzeszającą największych właścicieli i / lub operatorów sieci przesyłowych takich jak: BP, Statoil, Gracico,

DONG, OMV, MOL, Total, Stell, Gasunie, EON, GdF Suez i inne. Organizacja ta została powołana m.in. do wymiany doświadczeń w zakresie integralności rurociągów i wypracowania najlepszych praktyk w celu poprawy jakości zarządzana integralnością rurociągu na każdym poziomie, w tym na poziomie ochrony ludzi, środowiska, reputacji branży rurociągowej na całym świecie. Zamawiający powołał się na dokument stworzony przez tę organizację dotyczący specyfikacji i wymagań przy inspekcji tłokiem inteligentnym („*Specifications ad requirements for intelligent pig inspection of pipeline*”, Version 2009) i dostępny na stronach internetowych tej organizacji. Na str. 5 tej Specyfikacji wskazuje się na normę amerykańską co do kwalifikacji personelu. Posługiwanie się wskazaną normą przez tę organizację zrzeszającą wielkie międzynarodowe przedsiębiorstwa wskazuje na jej powszechność i pewien standard. Podkreślił, że wskazana organizacja nie posługuje się żadną inną normą do wykonywania tego typu badań, która mogłaby być uznana za porównywalną i prowadzącą do osiągnięcia takich samych celów.

- 6) Zamawiający wskazał, że jeśli niektóre podmioty nie są w stanie sprostać określonym wymaganiom Zamawiającego to nie może to być kwalifikowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Powołał się tutaj na orzecznictwo KIO.
- 7) Zwrócił uwagę na to, że na terenie RP nie obowiązuje żadna norma odnosząca się do przeprowadzania badań na gazociągu. Zamawiający, biorąc pod uwagę pracę gazociągu, bezpieczeństwa ludzi i środowiska wykorzystał inne standardy obowiązujące w tym zakresie, tj. normę amerykańską. Wskazał, że wyniki badań za pomocą tłoka inteligentnego muszą być właściwie zinterpretowane i opisane, co zapewni personel o odpowiednich kwalifikacjach. Wskazuje, że badania te dotyczą gazociągu jamalskiego, właścicielem odcinka którego na terenie Polski jest właśnie Zamawiający, tym bardziej pewne standardy w tym zakresie powinny mieć zastosowanie. Podniósł, że przeprowadzenie badań według przyjętych standardów nie pozostanie bez wpływu na możliwość potwierdzenia przez Zamawiającego certyfikatu bezpieczeństwa integralności gazociągu jamalskiego.
- 8) Wskazał, że także inne jednostki - operatorzy i / lub właściciele gazociągów, gdzie wykonywane są badania tłokiem inteligentnym, stosują w praktyce tego rodzaju postanowienia. Wskazał tu na E.ON Rurgas.
- 9) Podkreślił, że określenie wymogów co do kwalifikacji personelu do realizacji zamówienia nie wskazuje na żadnego konkretnego wykonawcę zamówienia. Wskazał, że normami podanymi w ogłoszeniu kwalifikują się inne podmioty realizujące usługę badania gazociągu za pomocą tłoka inteligentnego,

przykładowo wskazał tu na: General Electric z siedzibą w Wielkiej Brytanii, Rosen z siedzibą w Niemczech i T.D. Williamson z siedzibą w USA.

- 10) Brak wskazania konkretnej normy, według której dokonywane będzie badanie, a następnie interpretowany i opisywany rezultat tego typu badania, może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców. Wprowadzenie różnych sposobów realizacji zamówienia przy jedynym cenowym kryterium oceny ofert, może prowadzić do zaoferowania przez wykonawców usługi badania gazociągu tłokiem inteligentnym ale przy wykorzystaniu różnych metod.

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.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. W odwołaniu kwestionuje on – choć przyznać należy, że mało precyzyjnie, przywołując w tym zakresie postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - treść ogłoszenia o zamówieniu, która narusza określone normy prawa krajowego i wpływa na jego sytuację związaną z uzyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym zatem w sposób pośredni wskazuje na pewnego rodzaju utrudnienia w możliwości uzyskania przez niego zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie szkody.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o zamówienie publiczne, nadesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, a także wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożone do Zamawiającego

Izba ustaliła, że Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, określił w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.2.3) ppkt 2) i 4)) wymóg dysponowania (aktualnie, bądź w przyszłości) personelem wykwalifikowanym i certyfikowanym zgodnie z ANSI/ASNT-ILI-PQ-2005 w zakresie operowania tłokiem magnetycznym oraz analizy danych w technologii MFL. Na potwierdzenie spełniania tego wymogu oczekiwał od wykonawców przedłożenia wykazu personelu, który będzie brał udział w realizacji zamówienia z poziomem kwalifikacji w oparciu o wskazaną normę oraz numerem certyfikatu.

Jednocześnie w trakcie trwania postępowania odwoławczego (pomiędzy czynnością złożenia odwołania do Prezesa KIO, a wyznaczonym terminem posiedzenia z udziałem stron i rozprawy) w dniu 11 marca 2011 r. upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu. W tym terminie do Zamawiającego wpłynęły wnioski trzech wykonawców:

- 1) Konsorcjum PHZ Bartimpex i ZAO MPO SPECNIEFTIEGAZ,
- 2) Gazobudowa Sp. z o.o.
- 3) Rosen Europe Bv.

Z treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez Odwołującego wynika, że wykonawca ten zaoferował personel kwalifikujący się certyfikatami ISO 9712, wydanymi na podstawie normy europejskiej EN 473.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba ustaliła, że Odwołujący pomimo ciężącego na nim ciężaru dowodowego, nie udowodnił, że Zamawiający dopuścił się określonego rodzaju naruszenia w zakresie przepisów ustawy Pzp, formułując wymóg kwalifikowania się przez personel przeznaczony do realizacji zamówienia certyfikatem wydanym zgodnie z normą ANSI/ASNT-ILI-PQ-2005.

Przywoływany przez Odwołującego jako podstawa naruszenia - art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - nie mógł być naruszony przez Zamawiającego na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak bowiem wynika z dokumentacji postępowania jest ono prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Postępowanie takie prowadzone jest – zgodnie z przepisami ustawy Pzp – na kilku etapach:

- ogłoszenie o zamówieniu,
- składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- ocena spełniania warunków udziału przez wykonawcę na podstawie wniosków,
- składanie ofert wstępnych na podstawie SIWZ,

- negocjacje z wykonawcami co do doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia
- składanie ofert
- badanie i ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu, którego treść *de facto* była kwestionowana przez Odwołującego w odwołaniu, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie jest jeszcze udostępniana. Dopiero w specyfikacji zaś, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp powinien znaleźć się opis przedmiotu zamówienia. W ogłoszeniu o zamówieniu publikowanym w negocjacjach z ogłoszeniem, stosownie do art. 40 pkt 4) i art. 48 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, mających odpowiednie zastosowanie zgodnie z art. 56 ust. 1 ustawy Pzp, powinien znaleźć się jedynie określenie przedmiotu zamówienia z podaniem wielkości lub wielkości zamówienia oraz informacji o możliwości składania ofert częściowych. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że opis zamówienia, o którym mowa w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, jest czymś innym niż określenie przedmiotu zamówienia, które powinno znajdować się w ogłoszeniu o zamówieniu. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazuje w sposób skrótowy, co stanowi przedmiot zamówienia, zaś dopiero Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wskazuje szczegółowy opis przedmiotu zamówienia według reguł określonych w art. 29 i następnym ustawy Pzp.

Odwołujący w odwołaniu nie wskazał naruszenia jakiegokolwiek innego przepisu ustawy Pzp oprócz wskazanego naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Tym samym zatem literalnie opisany zarzut naruszenia przez czynności Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie znajduje potwierdzenia w ocenie Izby.

Odnosząc się jednak do kwestii zasadniczej, która stanowi przedmiot odwołania, a nie została w sposób właściwy wyartykułowana w jego treści, tj. wprowadzenia do wymogów podmiotowych zamówienia warunku odnoszącego się do kwalifikacji personelu niezbędnego do realizacji zamówienia w postaci certyfikacji w oparciu o normę amerykańską, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, iż wskazane postanowienia ogłoszenia o zamówieniu naruszają przepisy ustawy Pzp. Z jednej bowiem strony Zamawiający wykazał potrzebę powoływania się na wskazaną normę amerykańską (konieczność dochowania określonych standardów, istotność prowadzonych badań i oceny ich wyników dla bezpieczeństwa ludzi, środowiska i samego gazociągu, brak innego rodzaju normy, którą w tym zakresie mógłby posłużyć się Zamawiający). Z drugiej zaś strony Odwołujący nie wykazał, że liczba specjalistów oczekiwanych przez Zamawiającego do realizacji niniejszego zamówienia jest w jakiś sposób ograniczona na rynku, dysponują nimi określone firmy bez możliwości ich udostępnienia Odwołującemu, czy też sposób certyfikowania tych osób

stanowi jakąś procedurę dostępną wyłącznie konkretnemu wykonawcy, czy grupie wykonawców, co ewentualnie mogłoby prowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji.

Z tych też względów Izba nie mogła pozytywnie rozstrzygnąć odwołania, zgodnie z żądaniem Odwołującego zmodyfikowanym przez niego w toku rozprawy, (tj. aby Zamawiający dokonał oceny jego wniosku w sposób nieformalistyczny, tzn. poprzez przyjęcie personelu, który jest certyfikowany w oparciu o normę EN 473, a w sytuacji gdyby to nie było możliwe, aby Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowanie).

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający, dokonując wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej w zakresie części nr 45 zamówienia, nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania.

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, obciążając nimi Odwołującego, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Do kosztów postępowania odwoławczego zaś, 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), zalicza się koszty wpisu uiszczanego w należnej wysokości od złożonego odwołania..

Przewodniczący:

.....