

Sygn. akt KIO 1009/10

WYROK
z dnia 9 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 maja 2010 r. przez **Wykonawcę Zakłady Urządzeń Kotłowych „STĄPORKÓW” S.A. ul. Górnicza 3 26-220 Stąporków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Miejska Energetyka Ciepła Sp. z o. o. ul. Kaczorska 20 64-920 Piła**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia a także badanie i ocenę ofert z udziałem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Miejską Energetykę Ciepłą Sp. z o. o. ul. Kaczorska 20 64-920 Piła i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Wykonawcę Zakłady Urządzeń Kotłowych „STĄPORKÓW” S. A. ul. Górnicza 3 26-220 Stąporków** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 905 zł 90 gr** (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset pięć złotych dziewięćdziesiąt groszy) przez **Miejską Energetykę Ciepłą Sp. z o. o. ul. Kaczorska 20 64-920 Piła** na rzecz **Wykonawcy Zakłady Urządzeń Kotłowych „STĄPORKÓW” S. A. ul. Górnicza 3 26-220 Stąporków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 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), uwzględniając koszty pełnomocnika Odwołującego zgodnie z rachunkiem (faktura VAT) złożonym do akt sprawy.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do Wyroku z dnia 9 czerwca 2010 roku

Zamawiający Miejska Energetyka Ciepła Spółka z o. o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie **„Modernizacja instalacji odpylania dla kotła wodnorurkowego WR-10/5 na kotłowni KR-Kaczorska w Pile”** opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych z 31 marca 2010 roku pod numerem 90968-2010.

21 maja 2010 roku Zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Projektowania i Produkcji „Ekomega” Sp. z o.o. oraz wykluczeniu z postępowania między innymi oferty Wykonawcy Zakłady Urządzeń Kotłowych „STĄPORKÓW” S. A. (zwanego dalej „STĄPORKÓW”, lub „Odwołującym”).

25 maja 2010 roku Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Odwołanie zarzucając Zamawiającemu bezpodstawne wykluczenie z postępowania oraz naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem gdyby Zamawiający dopuścił ofertę Odwołującego do oceny z pozostałymi ofertami wykonawców podlegającymi ocenie merytorycznej wybrałby ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez błędną interpretację treści pkt 6.1.8. SIWZ, co do wyrazu „podobne” z utożsamieniem tego pojęcia wyłącznie z instalacją odpylania spalin dla kotła WR, który jest również kotłem energetycznym, co spowodowało wykluczenie Odwołującego z postępowania przez Zamawiającego a co nie powinno mieć miejsca,
- art. 25 ust. 1 ustawy, poprzez nie uznanie złożonego przez Odwołującego wykazu robót stanowiącego integralną treść oferty, potwierdzającego zupełność i kompletność złożonej oferty przez Odwołującego, która powinna być przedmiotem oceny merytorycznej, bowiem odpowiadała ona wymogom określonym przez Zamawiającego w treści pkt. 6.1.8. SIWZ,
- art. 92 ust. 1 pkt. 3, poprzez podanie, że Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu, mimo że jego oferta powinna być oceniana merytorycznie jako kompletna i zupełna, bowiem zawierała cztery wykazy wykonanych instalacji odpylania kotłów stosownie do wymogu określonego w treści pkt. 6.1.8. SIWZ.

wnosząc o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty jako najkorzystniejszej wykonawcy Przedsiębiorstwa Projektowania i Produkcji „Ekomega” Sp. z o. o. w Łodzi,
- nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności ponownej oceny ofert,
- zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, iż:

został naruszony jego interes prawny, bowiem gdyby Zamawiający postępował zgodnie z ustaloną przez siebie Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „Specyfikacja”) oraz przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (dalej: „ustawa” lub „Pzp”) to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Odwołujący podnosi również, że został naruszony interes publiczny, bowiem Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych mająca obowiązek stosowania ustawy Pzp doprowadził do wyboru oferty wykonawcy droższego pod względem kryterium ceny.

Odwołujący został powiadomiony przez Zamawiającego pismem przekazanym 21 maja 2010 roku, w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu wykonawców z postępowania w tym Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp – z powodu nie spełnia, w ocenie Zamawiającego, warunków udziału w prowadzonym postępowaniu. Jako przyczynę wykluczenia Odwołującego – uzasadnienie faktyczne – Zamawiający podał, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na wykazaniu realizacji trzech robót budowlanych, z których wynika wykonanie podobnych do zaoferowanej instalacji odpylania spalin kotłów WR, które zapewniają emisję pyłów przy pełnym obciążeniu kotła o stężeniu poniżej 100 mg/Nm³.

Odwołujący wskazuje, iż w treści SIWZ w pkt. 6.1.8. zdanie drugie Zamawiający zawarł zapis „Wykonawca musi wykazać, że w wymaganym okresie zrealizował co najmniej trzy instalacje odpylania podobne do zaoferowanej, przy czym jedna z nich o wartości nie mniejszej niż wartość złożonej przez Wykonawcę oferty oraz potwierdzić je protokołami odbioru robót lub referencjami” w ocenie Odwołującego z zapisu tego nie wynika, że wykonane owe trzy instalacje muszą dotyczyć wyłącznie kotłów WR, bowiem określił je jako „podobne” przez co należy rozumieć wszelkie instalacje odpylania związane z kotłami energetycznymi, a zakres prac wynikał ze wskazanej wartości. Odwołujący podnosi, iż warunek spełnił; w złożonej ofercie wykazał wymaganą treścią SIWZ ilość wykonanych robót budowlanych związanych z zakresem instalacji odpylania kotłów energetycznych w tym kotłów WR.

Odwołujący stanowczo podnosi, że niezależnie od rodzaju czy typu kotła instalacje odpylania kotłów są w istocie działania podobne.

Skoro zatem w treści SIWZ oraz w ogłoszeniu z 31 marca 2010 roku (BZP, Nr 90968-2010), uzasadnia dalej Odwołujący, Zamawiający nie określił, że wykaz wykonanych instalacji ma dotyczyć wyłącznie kotła WR-10, to nie powinien dla uzasadnienia wykluczenia powoływać się na nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającym na braku wykazania wykonania instalacji odpylania spalin dla kotłów WR.

2 czerwca 2010 roku do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej wpłynęło stanowisko Zamawiającego – „Odpowiedź na odwołanie”; Zamawiający wnosi o nie uwzględnienie zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa adwokackiego na podstawie faktury, która zostanie złożona na rozprawie.

W treści pisma Zamawiający przedstawił swoje stanowisko twierdząc, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na:

Zamawiający stoi na stanowisku, że wykluczenie Odwołującego jest uzasadnione -albowiem zgodnie z art. 24. ust. 2. pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wykluczył wykonawcę z udziału w postępowaniu, co stanowi następstwo dokonania badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców na podstawie złożonych przez nich wymaganych oświadczeń i dokumentów. Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku gdy w stosunku do wykonawcy zachodzi jedna z okoliczności wymienionych w czternastu punktach komentowanego artykułu.

Zamawiający wskazuje, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w ogłoszeniu o zamówieniu była informacja o modernizacji instalacji odpylania dla kotłów wodnorurkowych. W SIWZ w punkcie 6.1.8, wskazano, że *„Wykonawca musi wykazać, że w wymaganym okresie zrealizował, co najmniej trzy instalacje odpylania podobne do zaoferowanej, przy czym jedna z nich o wartości nie mniejszej niż wartość złożonej przez Wykonawcę oferty oraz potwierdzić je protokołami odbioru robót lub referencjami”*. Zamawiający wyjaśnia, iż podobnymi do kotła typu WR są wszelkiego rodzaju i typu kotły wodnorurkowe a nie wszystkie kotły istniejące na rynku. Nadto inwestycje podobne - powinny być zbliżone do parametrów, jakie zostały określone w załączniku nr 6 do SIWZ - albowiem zgodnie z punktem 1.2. SIWZ - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa program funkcjonalno-użytkowy, który stanowi załącznik nr 6 do niniejszej SIWZ. Istotne w ocenie Zamawiającego, iż w punkcie 1.3. SIWZ wskazano, że jeżeli w opisie przedmiotu

zmówienia wskazano jakikolwiek znak towarowy, patent czy pochodzenie - należy przyjąć, że wskazane patenty, znaki towarowe, pochodzenie określają parametry techniczne, eksploatacyjne, użytkowe, co oznacza, że Zamawiający dopuszcza złożenie oferty w tej części przedmiotu zamówienia o równoważnych parametrach technicznych, eksploatacyjnych i użytkowych. Zdaniem Zamawiającego, skoro w punkcie 2.2. określono szczegółowy zakres zamówienia – to referencje winny dotyczyć spełnienia podobnych warunków - oscylujących w granicach norm opisanych w tymże punkcie.

Zamawiający podnosi również, iż Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zajmowała stanowisko, iż nie istnieje pełna równoważność rozwiązań informatycznych, budowlanych czy konstrukcyjnych określonego producenta, rozumiana jako pełnia zgodności i tożsamości zastosowanych produktów (usług), polegająca przede wszystkim na ich pełnej kompatybilności oraz braku różnic w obsłudze i stosowaniu. W związku z tym - aby umożliwić wykonawcy wykazanie referencji Zamawiający określił w SIWZ, iż wykonawca musi wykazać, że w wymaganym okresie zrealizował, co najmniej trzy instalacje odpylania podobne do zaoferowanej - to znaczy -spełniające podobne parametry techniczne i funkcjonalne.

Zamawiający wyjaśnia, iż w odniesieniu do kotłów wodnorurkowych, które mają pracować w ramach większego zespołu urządzeń posiadanych przez Zamawiającego i które mają współpracować z pozostałymi urządzeniami posiadanyymi przez Zamawiającego w ramach wykonywania podobnych funkcji, nie jest wystarczające aby ich równoważność scharakteryzowana i zapewniona została jedynie poprzez tożsamość funkcjonalną, tzn. dedykację do wykonywania tego samego rodzaju zadań - jak wskazuje Wykonawca w treści swojego odwołania. Wobec takiego stanowiska Zamawiającego - najważniejszym elementem weryfikacji referencji Wykonawców był warunek wykonania trzech instalacji odpylających podobnych do przedmiotu zamówienia, tj. zapewniających osiągnięcie wielkości emisji pyłów poniżej 100 mg/m^3 przy zawartości 6% tlenu oraz przy całym zakresie obciążenia kotła, co zostało zapisane w programie funkcjonalno-użytkowym w pkt 2.2.

Zamawiający wskazuje referencje jakie przedstawił w ofercie Odwołujący wraz z informacjami na ich temat, i tak:

1. OPEC Jastrzębie - instalacja wykonana na kotłach typu WR.
Pomiary wykazały, że osiągnięty wynik wynosi poniżej 400 mg/m^3 spalin. Referencja nie została uznana z powodu nie osiągnięcia emisji poniżej 100 mg/m^3 spalin.
2. PEC Kolno - instalacja wykonana na kotle WR-5 przy obciążeniu kotła 2,7 MW, tj. ok. 55% wydajności. Osiągnięte parametry $< 100 \text{ mg/m}^3$ przy 6% zawartości tlenu Referencja została uznana, mimo że nie posiada badań przy maksymalnym obciążeniu kotła.

3. Lhoist Bukowa - instalacja została wykonana na kotle nieznanego typu do suszenia kamienia wapiennego. W referencji brak danych o osiągniętych wynikach badań. Referencja nie została uznana,
4. MEC Szczecinek - instalacja została wykonana jako modernizacja istniejącej instalacji, przez którą przepuszczone jest około 25% spalin. Instalacja wykonana na kotle typu AMK WW-5000, jest to kocioł parowy. W referencji nie przedstawiono badań skuteczności instalacji. Referencja nie została uznana.
5. Zakład Remontowy Kotłów CO. i Urządzeń Kotłowych Andrzej Fabisiak - instalacja dla Spółdzielni Mieszkaniowej „Świt” w Ełku na instalacji kotła WR-10.
Badania wykazały, że osiągnięto emisję spalin na poziomie 120 mg/m³ bez określenia obciążenia kotła. Referencja nie została uznana.
6. Alfsen og Sunderson - referencje nie zawierają żadnych wymaganych parametrów kotłów jak i wyników pomiarów. Referencja nie została uznana.

Zamawiający podnosi, iż stawiając wysokie wymagania dotyczące emisji spalin na poziomie 100 mg/m³ miał na uwadze wymagania wynikające z Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 grudnia 2005 r. w sprawie standardów emisyjnych z instalacji (Dz. U. z 2005 r. Nr 260, poz. 17008). W związku z powyższym Zamawiający musi mieć pewność, że przy tak dużych nakładach finansowych osiągnie zakładaną wielkość emisji na poziomie poniżej 100 mg/m³.

Wykonanie instalacji odpylania, w której wielkość emisji zostanie zredukowana do wartości 400 mg/m³, a instalacji gdzie wielkość emisji zostanie zredukowana do 100 mg/m³ wymaga całkowicie innej technologii i rozwiązań technicznych. Nie są to tożsame instalacje i nie można ich w żaden sposób porównać. Przedstawione w referencjach instalacje redukujące emisję na poziomie 400 mg/m³ nie spełniają wymagań wynikających z wymienionego wyżej rozporządzenia. Instalacje odpylania osiągające wartości < 400 mg/m³ nie mogą być porównywalne z instalacjami, które muszą osiągać wartości < 100 mg/m³. Zamawiający wskazuje, że referencje - co wynika z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - mają na celu potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Zamawiający ma prawo do żądania referencji, które potwierdzają należyte wykonanie określonej inwestycji. Z przedstawionego powyżej zestawienia referencji wynika, iż Odwołujący takowych referencji nie posiada, albowiem nie złożył referencji potwierdzających wykonanie instalacji podobnych do określonej w postępowaniu przetargowym - w sposób odpowiadający warunkom określonym w SIWZ.

Wobec powyższych wyjaśnień – w ocenie Zamawiającego - wskazać należy, iż nie doszło do naruszenia, przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia

art. 7. ust. 1, a w konsekwencji także art. 7. ust. 3. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Ustęp 3 art. 7 statuuje zasadę udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a więc przy zastosowaniu dozwolonego dla danej wartości trybu i po dokonaniu niezbędnych przewidzianych prawem czynności. W sposób zgodny z omawianym przepisem postąpił Zamawiający - albowiem oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 24. ust. 4. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. W związku z przedstawionymi argumentami natury merytorycznej - nie doszło także do naruszenia przepisów art. 24. ust. 2. pkt 4 ponieważ wykonawca nie wykazał spełnienia warunków określonych w SIWZ w zakresie posiadania odpowiednich referencji. Nadto nie doszło do naruszenia art. 25 ust. 1 – ponieważ SIWZ określała referencje w sposób zgodny z tym przepisem. Nadto - wykonawca nie kwestionował możliwości umieszczenia konkretnych zapisów w SIWZ - a zatem - w ocenie Zamawiającego nie może powoływać się na takowe uchybienia na obecnym toku postępowania - z uwagi na niedochowanie terminów określonych w art. 182 ust. 2. ustawy z dnia 20 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Nie doszło także do naruszenia art. 92. ust. 1 pkt 3 ponieważ dokonując formalnej oceny ofert Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego - co w konsekwencji wymagała odpowiedniego zakomunikowania tegoż faktu. W związku z powyższymi faktami Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania wniesionego przez Odwołującego, tj. Zakłady Urządzeń Kotłowych „STĄPORKÓW” S.A.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, w dniu 29 marca 2010 roku do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym 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) oraz ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 25 maja 2010 roku oraz została przekazana kopia odwołania Zamawiającemu 24 maja 2010 roku.

Izba ustaliła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, w tym w szczególności z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Izba dopuścił również dowód ze stanowisk i oświadczeń Stron wyrażonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, tj. stanowisko Zamawiającego „Odpowiedź na odwołanie” przesłane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu a także przedłożone na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego: referencję wystawioną przez Lhiost Bukowa Sp. z .o.o. datowaną na dzień 24 maja 2010 roku oraz wynik pomiarów stężenia zanieczyszczeń dla obiektu Kotłownia Osiedlowa Browarowa w Szczecinku.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w zakresie art. 7 ust, 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4, art 25 ust 1, art. 92 ust. 1 pkt. 3 poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że spełnił warunki udziału w postępowaniu - Izba uznała za zasadne.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w dziale 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „Specyfikacja”) w punkcie 6.1.8 wskazał dokument jaki musi złożyć Wykonawca celem potwierdzenia spełnienia wymaganych warunków:

„Wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (załącznik nr 2);

Wykonawca musi wykazać, że w wymaganym okresie zrealizował, co najmniej trzy instalacje odpylania podobne do zaoferowanej, przy czym jedna z nich o wartości nie mniejszej niż wartość złożonej przez Wykonawcę oferty oraz potwierdzić je protokołami odbioru robót lub referencjami. ”

Izba ustaliła, iż Zamawiający powiadomił 21 maja 2010 roku wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu tj. oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Projektowania i Produkcji „Ekomega” Sp. z o.o. z siedziba przy ulicy Polnej 22 w Łodzi, również tym samym pismem z 21 maja 2010 roku Zamawiający powiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania „w związku z naruszeniem art. 24 ust 2 pkt. 4 ustawy”. Zamawiający uzasadnił, iż „Wykonawcy podlegają wykluczeniu, ponieważ nie spełnili

warunku udziału w postępowaniu tj. nie wykazali realizacji trzech robót budowlanych, z których wynika wykonanie podobnych do zaoferowania instalacji odpylania spalin dla kotłów WR, które zapewniają emisję pyłów przy pełnym obciążeniu kotła o stężeniu poniżej 100mg/m³,”

Izba ustaliła, iż wykonawca Zakłady Urządzeń Kotłowych „STĄPORKÓW” S. A. ul. Górnicza 3 26-220 Stąporków w ofercie, wykazał doświadczenie uzyskane przy realizacji 5 (pięciu) robót oraz załączył referencje.

Na wstępie Izba zaznacza, iż pomimo zmiany wynikającej z nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanej ustawą z 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), która wprowadziła zobowiązanie po stronie Zamawiających dokonywania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków (art. 22 ust. 3 i 4 ustawy, art. 36 ust 1 pkt 5 ustawy, art. 41 pkt 7 ustawy), przy jednoczesnym stałym oznaczeniu warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust 1 ustawy), w części dotyczącej wymagań i obowiązku Zamawiającego dokonania jasnego i precyzyjnego dokonania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków (wcześniej warunków udziału w postępowaniu) aktualność zachowuje dotychczasowe orzecznictwo i ugruntowana doktryna.

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Między innymi weryfikacji takiej dokonuje na podstawie przedłożonych przez Zamawiającego wraz z ofertą dokumentów żądanych w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, których to ocena następuje w oparciu o ukształtowany i zamieszczony w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty wymagania stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08).

Zamawiający nie ma możliwości zmiany, korygowania lub dopasowywania na etapie oceny ofert postawionych wcześniej wymagań w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ani poprzez zliberalizowanie zapisów zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ani poprzez interpretowanie tych zapisów ponad to co było zapisane. Działanie takie stanowi zmianę, swego rodzaju dopasowanie odpowiednio opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków w postępowaniu do przedłożonych wraz z oferta dokumentów lub dopasowanie ukształtowanego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków do faktycznych niedookreślonych wcześniej wymagań Zamawiającego. Opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty jakimi ma wykazać się wykonawca aby wypełnić treścią wymagania Zamawiającego muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08).

Dopasowywanie wymagań Zamawiającego na etapie oceny ofert prowadzi do rażącego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności zasad prawa zamówień publicznych art. 7 ust. 1 ustawy – zobowiązujących Zamawiającego do przygotowywania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 293/09 , KIO/UZP 294/09). Dookreślenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków na etapie oceny ofert, narusza powyżej wskazane zasady, bowiem swobodna interpretacja regulacji zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokonywana przez Zamawiającego, nieznaną wykonawcom na etapie przygotowywania ofert oraz dokonywania oceny spełnienia warunków w oparciu o tą interpretację uniemożliwia wykonawcom złożenie ofert zawierających odpowiednie dokumenty. Takie działanie Zamawiającego narusza również niewyartykułowaną wprost lecz wynikającą z ustawy i dającą się skonkretyzować na podstawie jej zapisów zasadę prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy (udzielenia zamówienia). Cel zostanie osiągnięty gdy zawarta umowa nie będzie podlegać unieważnieniu z uwagi na wypełnienie się przesłanek jej nieważności.

Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia oparł się na wymaganiach, które nie zostały dookreślone w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w Specyfikacji. Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w piśmie procesowym złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 czerwca 2010 roku oraz stanowiskiem przedstawionym na rozprawie, Izba ustalił, iż Zamawiający rozszerzył wymagania dokonując interpretacji poprzez odesłanie do opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 6 do Specyfikacji). Takie działanie Zamawiającego, w ocenie Izby, nie jest właściwe oraz dopuszczalne. Zamawiający bowiem powołuje się na własne rozumienie postawionych wymagań w zakresie wiedzy doświadczenia nie wynikające z jego treści lecz odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, iż to opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków a nie opis przedmiotu zamówienia określa jak będzie dokonywana weryfikacja podmiotowa wykonawców (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 78/07).

Odniesienie się Zamawiającego przy dokonywaniu weryfikacji podmiotowej wykonawców na podstawie złożonych wraz z ofertą dokumentów, do podobnych jak zaoferowane zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez podobieństwo jakie musi zaistnieć pomiędzy przedmiotem zamówienia, zaoferowanym rozwiązaniem a wykazanymi zrealizowanymi robotami nie zasługuje, w ocenie Izby, na uznanie, bowiem:

- postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków oraz wymaganych dokumentów potwierdzających warunki należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający „wynikają wprost

z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ” (porównaj: Wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII GA 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego zapisów, nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja zapisów oraz dokonana w oparciu o nią ocena wykonawców;

- wskazanie przez Zamawiającego, iż wykonawcy mają wykazać się podobnymi wykonanymi instalacjami nie uprawnia Zamawiającego do dokonania oceny w sposób, który prowadzi jedynie do pozytywnej oceny tych wykazanych instalacji, które potwierdzają wykonanie instalacji o parametrach wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. „Podobne” to nie znaczy to samo co „takie same lub lepsze”. Podobne czyli o zbliżonym charakterze do zamówienia nie oznacza, iż wykazane przez wykonawcę zrealizowane instalacje będą odzwierciedleniem zakresu prac wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (porównaj: Wyrok Sadu Okręgowego w Olsztynie z dnia 29 sierpnia 2008 roku sygn. akt IX Ca 542/08).

Legitymacja spełnienia warunku wynika z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w „Wykazie wykonanych robót budowlanych” oraz referencjach przedłożonych wraz z wykazem. Nadmienić w tym miejscu należy, iż Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia opisanego warunku wiedzy i doświadczenia łącznie, tzn. poprzez badanie informacji zawartych w „Wykazie wykonanych robót budowlanych” wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym po stronie Zamawiającego jest dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, iż treści referencji nie została zdefiniowana a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tą referencję, bądź inny dokument wystawia. Na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* w § 1 ust. 1 pkt.2 Zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Nie są zdefiniowane w treści rozporządzenia wymagania w zakresie obowiązku zamieszczenia w referencji szczegółowej informacji o przedmiocie wykonanej umowy. Zamawiający nie może żądać od wykonawcy aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza wymaganiami określonymi w rozporządzeniu, informacje takie mogą wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO10-640/05, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-346/06). Z treści

załączonych do „Wykazu wykonanych robót budowlanych” dokumentów nie musi wynikać potwierdzenie wszystkich warunków postawionych przez Zamawiającego (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 maja 2007 r., Sygn. akt UZP/ZO/O-554/07). Referencja załączona przez Odwołującego do „Wykazu wykonanych robót budowlanych” nie musi wskazywać dokładnego zakresu, dat, wartości zamówienia musi potwierdzać, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 58/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 27/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2008 r., Sygn. akt: KIO/UZP 281/08.).

Izba zaznacza, że badanie doświadczenia na podstawie składanych referencji jest nieuprawnione i zwraca uwagę, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu, bowiem ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Podkreślić w tym miejscu również należy, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 51/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1490/09).

Poza rozstrzygnięciem w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba wskazuje, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia wielu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, których nie można konwalidować; wskazać należy między innymi brak opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków w postępowaniu, który niewątpliwie stanowi podstawę braku możliwości należytej weryfikacji wymagań określonych przez Zamawiającego. Kolejnym uchybieniem jest brak określenia wartości zrealizowanych instalacji stanowiący element warunku odnoszącego się do doświadczenia wykonawców a uzależnienie tejże wartości od wartości składanej oferty (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1125/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 250/08). Naruszenia te skutkują naruszeniem zasad prawa zamówień publicznych i powodują, iż postępowanie obarczone jest wadą, niemożliwą do usunięcia na etapie badania ofert, a która z pewnością ma wpływ na wynik postępowania. Zamawiający nie zastosował procedury uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy, która stanowi zobowiązanie dla Zamawiającego, co również narusza zasady prawa zamówień publicznych.;

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty, oświadczenia i dokumenty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie wymagań zawartych w Specyfikacji oraz obowiązujących aktach prawnych. Tym samym Izba uznała, że ocena oferty Wykonawcy Zakłady Urządzeń Kotłowych „STĄPORKÓW” S. A. ul. Górnicza 3 26-220 Stąporków dokonana przez Zamawiającego jest nieprawidłowo. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

