

WYROK

z dnia 17 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2012 r. przez **Grontmij Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Grontmij Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Grontmij Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Grontmij Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** na rzecz **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku** kwotę **3 600 zł 00 gr**

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Sp. z o.o. w Białymstoku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Kontrakt nr 7: Inżynier Kontraktu dla Kontraktu nr 5 „Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych (ZUOK) w Białymstoku w ramach projektu „Zintegrowany system gospodarki odpadami dla aglomeracji białostockiej POIS.02.01.00-00-006/10.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 31 sierpnia 2012 roku wykonawca Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie na zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „Energopomiar” Sp. z o.o. w Gliwicach.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i wniósł o:

1. Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, 2. Unieważnienie czynności badania i oceny ofert, 3. Dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji tej czynności wykluczenie z postępowania wykonawcy Energopomiar, jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, 4. Odrzucenie oferty wykonawcy Energopomiar, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, 5. Wybór oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący się podniósł, że zamawiający w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie 9.1) IDW zawarł następujący wymóg odnośnie doświadczenia, jakim winni legitymować się wykonawcy, biorący udział w postępowaniu: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku wykonawców, którzy wykażą, że należycie wykonali w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi, których przedmiotem było pełnienie funkcji Inżyniera w rozumieniu warunków kontraktowych FIDIC lub funkcji równoważnej w rozumieniu warunków kontraktowych równoważnych do FIDIC przy budowie obiektu budowlanego z

zakresu klas 2302, 2303 lub 2304 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) o wartości robót co najmniej 150 000 000 PLN netto dla każdej z tych budów. Usługa powinna być wykonywana od rozpoczęcia do zakończenia robót. Następnie, w dniu 28.05.2012 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, dotyczące doprecyzowania wyrażenia „warunki kontraktowe równoważne do FIDIC” wyjaśnił, iż: Przez warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne, rozumie się warunki Kontraktowe FIDIC lub warunki powstałe poprzez dostosowanie Warunków Kontraktowych FIDIC do prawa lokalnego krajów Unii Europejskiej np.: warunki kontraktowe UAV, UAV-GC (Holandia), FABIKW (Belgia), VOB (Niemcy), JCT lub GMP (Wielka Brytania), PRAG (Polska). Wykonawca Energopomiar na spełnienie powyższego warunku wskazał doświadczenie w realizacji następujących usług: • Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy rozbudowie Elektrociepłowni Siekierki poprzez realizację inwestycji pn. „Budowa instalacji mokrego odsiarczania spalin w Elektrociepłowni Siekierki” zgodnie z warunkami kontraktowymi równoważnymi do FIDIC, • Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji pn. „Budowa bloku energetycznego o mocy 460 MW na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Łagisza” zgodnie z warunkami kontraktowymi równoważnymi do FIDIC, • Usługa EPCM, w tym Inżynier Kontraktu, przy Budowie Elektrociepłowni (EC) w Tartu w Estonii, zgodnie z warunkami kontraktowymi równoważnymi do FIDIC, • Usługa EPCM, w tym Inżynier Kontraktu, przy Budowie Elektrociepłowni Lappeenranta w Finlandii, zgodnie z warunkami kontraktowymi równoważnymi do FIDIC. W dniu 20.07.2012 r. Zamawiający pismem nr JRP-KZ/218/2012 wezwał wykonawcę Energopomiar do złożenia wyjaśnień, m.in. w zakresie wyjaśnienia treści dokumentu „Wykaz wykonanych usług” poprzez wskazanie, na podstawie jakich warunków równoważnych do warunków kontraktowych FIDIC wykonywane były usługi: • rozbudowa elektrociepłowni Siekierki • budowa bloku energetycznego w Elektrowni Łagisza • budowa elektrociepłowni Lappeenranta w Finlandii Zamawiający podkreślił, iż w wykazie usług wykonawca Energopomiar napisał, że ww. inwestycje były wykonywane „zgodnie z warunkami kontraktowymi równoważnymi do FIDIC”, bez wskazania rodzaju tych warunków. Zamawiający nie wezwał wykonawcy Energopomiar do złożenia wyjaśnień w tym zakresie odnośnie budowy Elektrociepłowni w Taturze w Estonii prawdopodobnie dlatego, iż realizacja tej usługi, zgodnie z załączonym do oferty wykazem, została zakończona w maju 2009 roku, czyli wcześniej niż w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a co za tym idzie - nie może być brana pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Energopomiar w dniu 26.07.2012 wyjaśnił, iż: „Obowiązki określone w umowach na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach ww. inwestycji nie były realizowane w ramach jakichś nazwanych warunków, np. FIDIC UAV, UAV-GC,

JCT. Natomiast zakres czynności wykonywanych przez Inżyniera Kontraktu w ramach tych umów był równoważny do czynności wykonywanych w ramach usług inżyniera wg. FIDIC.” Dodatkowo wykonawca Energopomiar przedstawił szczegółowy zakres obowiązków wynikających z kontraktu dotyczącego pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla Elektrowni Łagisza oraz oświadczył, że w ramach realizacji inwestycji dotyczącej EC Siekierki Inżynier Kontraktu wykonywał większość spośród wskazanych dla Elektrowni Łagisza obowiązków, podobnie jak dla EC Lappeenranta w Finlandii. Nigdzie jednak nie wskazał na podstawie jakich nazwanych warunków kontraktowych równoważnych do FIDIC były realizowane przedmiotowa inwestycje. Zarzut 2 Zamawiający w punkcie III.2.3) oraz punkcie 9.2a) IDW zawarł następujący wymóg odnośnie doświadczenia, jakim powinna legitymować się osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Rezydenta: inżynier rezydent - niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie: — wykształcenie wyższe, — co najmniej 10-letnie doświadczenie w pracy na stanowiskach kierowniczych bezpośrednio przy zarządzaniu realizacją inwestycji budowlanych, w tym doświadczenie w zarządzaniu z upoważnienia Inżyniera (w rozumieniu warunków kontraktowych FIDIC) lub z upoważnienia podmiotu równoważnego do Inżyniera (na gruncie warunków kontraktowych równoważnych do FIDIC) co najmniej 2 kontraktami o wartości robót co najmniej 150. Energopomiar na stanowisko Inżyniera Rezydenta przedstawił Pana Wojciecha Lenartowicza, wskazując, że pełnił on funkcje kierownicze przy realizacji następujących inwestycji: • Budowa Instalacji Odsiarczania Spalin w Elektrowni Łaziska, • Budowa bloku energetycznego w Elektrociepłowni Lublin, • Budowa bloku gazowo- parowego w Elektrociepłowni Rzeszów, • Budowa IOS dla bloków nr 3 i 4 w Elektrowni Bełchatów. Tym samym pismem nr JRP-KZ/218/2012 z dnia 20.07.2012 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Energopomiar do złożenia wyjaśnień w zakresie wyjaśnienia treści dokumentu „Wykaz osób” poprzez wskazanie, na podstawie jakich warunków równoważnych do warunków kontraktowych FIDIC Pan Wojciech Lenartowicz zarządzał realizacją wskazanych w wykazie inwestycji. Na to wezwanie wykonawca Energopomiar oświadczył, że wszystkie wskazane w wykazie dotyczącym doświadczenia Pana W..... L..... budowy były realizowane w oparciu o warunki kontraktowe powstałe poprzez dostosowanie warunków kontraktowych FIDIC do prawa lokalnego, jednak nie podał ich konkretnej nazwy. Z takiej treści odpowiedzi wynika, iż także te kontrakty, podobnie jak te wskazane w wykazie usług, były realizowane według nienazwanych standardów, a co za tym idzie - nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. W zakresie zarzutu 1 i 2 Odwołujący pragnie wskazać, iż nie można uznać, że wskazane jako doświadczenie wykonawcy oraz eksperta projekty spełniają wymagania Zamawiającego, tj, że były one realizowane na podstawie warunków kontraktowych FIDIC lub równoważnych do FIDIC. Odwołujący podkreśla, że

warunki kontraktowe FIDIC stanowią swojego rodzaju standard, charakteryzujący się dużą powszechnością stosowania, na podstawie którego w różnych krajach powstają dostosowane do prawa lokalnego warunki kontraktowe równoważne do FIDIC, np.: warunki kontraktowe UAV, UAV-GC (Holandia), FABIKW (Belgia), VOB (Niemcy), JCT lub GMP (Wielka Brytania), PRAG (Polska). Są to jednak warunki konkretnie nazwane i powszechnie stosowane, a nie umowy indywidualne dla realizacji poszczególnych kontraktów. Dlatego też brak jest podstaw dla uznania, że nienazwane warunki kontraktowe mogą być uznane za warunki kontraktowe równoważne do FIDIC choćby dlatego, że takie umowy nie obejmują konkretnych wytycznych, schematów postępowania w trakcie realizacji inwestycji, które określają warunki kontraktowe FIDIC. Zakres i podobieństwo usługi Inżyniera jaką wykazał Energopomiar nie ma znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż zakres usługi może być tożsamy, ale sposób jej realizacji, tj.: sposób komunikacji stron procesu inwestycyjnego, zasady rozstrzygania sporów czy raportowania będzie odmienny dla inwestycji prowadzonych według FIDIC, a inny dla inwestycji realizowanych bez procedur nakładanych przez FIDIC.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 września 2009 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach.

Izba ustaliła, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu odpowiada rzeczywistości.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie jest bezzasadne.

Istotą sporu jest interpretacja warunku udziału w postępowaniu w kontekście

udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których wskazał, iż przez warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne, rozumie się warunki kontraktowe FIDIC lub warunki powstałe poprzez dostosowanie Warunków Kontraktowych FIDIC do prawa lokalnego krajów Unii Europejskiej np. warunki kontraktowe UAV, UAV-GC (Holandia), FABIQV (Belgia), VOB (Niemcy), JCT lub GMP (Wielka Brytania), PRAG (Polska).

Zamawiający nie wyjaśnił, kto i w jakim trybie ma dokonać dostosowania warunków kontraktowych FIDIC do prawa lokalnego krajów Unii Europejskiej. W szczególności nie wskazał, czy dostosowanie tych warunków ma nastąpić w drodze aktu prawnego czy też jakiegokolwiek innego aktu wydawanego przez instytucję pozarządową danego kraju. Nie podał również czy warunki te muszą być nazwane czy też nie ma takiego obostrzenia. Zamawiający co prawda wymienił w odpowiedzi na pytanie do SIWZ nazwy warunków kontraktowych stosowanych w kilku państwach europejskich, niemniej jednak nie wymagał, by usługi wskazane przez poszczególnych wykonawców były realizowane na warunkach nazwanych. Z samego faktu wymienienia nazw kilku warunków kontraktowych nie można wnioskować, iż tylko takie miały być przez zamawiającego uwzględniane.

Z odpowiedzi zamawiającego nie można również wywieść, iż dostosowania warunków kontraktowych FIDIC do prawa lokalnego nie mogą dokonać same podmioty, które są stroną lub stronami stosunku prawnego i które stosują rozwiązania zawarte w warunkach kontraktowych dla potrzeb własnego kontraktu. Tym samym nie można zarzucić zamawiającemu nieprawidłowości w uznaniu za spełniony warunku doświadczenia przystępującego wykazywanego za pomocą usług realizowanych na podstawie nienazwanych warunków kontraktowych.

Przystępujący podczas rozprawy złożył do akt sprawy porównania kontraktów dla pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu Łagisza oraz EC Siekierki. Przystępujący zawarł w nich szczegółowe informacje na temat tego, które z poszczególnych klauzul umownych odpowiadają klauzulom warunków kontraktowych FIDIC. Analiza treści złożonych porównań pozwala na wniosek, iż zawarte kontrakty w przeważającej mierze polegają na klauzulach warunków kontraktowych FIDIC. W związku z tym, że zamawiający nie sprecyzował, jaki procent wykorzystania klauzul FIDIC uzna za równoważny do FIDIC stwierdzić należy, iż przystępujący spełnił wskazany warunek udziału w postępowaniu.

Izba przeanalizowała również przedłożone przez odwołującego się dowody w postaci korespondencji z zamawiającymi w tych postępowaniach, które wskazał przystępujący jako potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i stwierdziła, iż nie mogą one dowodzić, iż realizacja wskazanych kontraktów nie odbywała się na warunkach kontraktowych równoważnych z FIDIC w rozumieniu warunków niniejszego postępowania. I tak informacja uzyskana z TAURON Wytwarzanie SA wskazuje wyłącznie na to, że realizacja projektu budowy IOSu dla 4 bloków 200 MWe w Elektrowni Łaziska nie odbyła się w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, w żaden sposób nie odnosi się natomiast do warunków równoważnych do FIDIC. Z kolei informacje uzyskane na temat elektrociepłowni Lappeenranta wskazują, iż przy realizacji kontraktu nie korzystano z FIDIC, lecz z dokumentów zakupu UPM. Izbie nie przekazano natomiast żadnych danych na temat dokumentacji, którą wykorzystano przy realizacji inwestycji, w szczególności, czy i w jaki sposób opiera się ona na warunkach kontraktowych FIDIC. Podobnie w przypadku informacji na temat budowy instalacji mokrego odsiarczania spalin w EC Siekierki, która była realizowana w oparciu o kontrakt według wewnętrznych standardów zamawiającego.

Z pisma PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA z dnia 4 września 2012 roku wynika natomiast, że realizacja projektu „Budowa bloku gazowo-parowego w Elektrociepłowni Rzeszów” nie odbywała się w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne do FIDIC. Izba przeanalizowała treść pytań skierowanych przez odwołującego się do PGE i stwierdziła, że odwołujący się zapytał między innymi o to, czy realizacja projektu odbywała się w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne do FIDIC w rozumieniu warunków kontraktowych równoważnych do FIDIC. Odwołujący się nie wyjaśnił jednak, co należy rozumieć przez „warunki równoważne do FIDIC w rozumieniu warunków kontraktowych równoważnych do FIDIC”, a zatem odpowiedź w tym zakresie nie może być miarodajna. Izba zwraca uwagę, że nie funkcjonuje legalna definicja „warunków równoważnych do FIDIC”, a zatem każdy może pod tym pojęciem rozumieć coś innego. Odwołujący się nie doprecyzował zadanego pytania, nie wiadomo więc, czy wystawca pisma miał na myśli „równoważność” w rozumieniu warunków niniejszego postępowania.

W ocenie Izby dla rozumienia warunków udziału w postępowaniu bez znaczenia jest okoliczność, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany w oparciu o ramowe warunki realizacji umowy FIDIC. Istota sporu dotyczy przecież interpretacji sformułowania „warunki kontraktowe równoważne do FIDIC”, a nie samego FIDIC-a jako takiego.

Ponadto stwierdzić należy, iż wykonawcy przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia winni wykazać, iż wykonali usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. O tym, jaki jest niezbędny zakres do wykazania spełnienia tego warunku decyduje zamawiający. Skoro zamawiający uznał, że nie tylko usługi wykonane na podstawie FIDIC, ale również warunków równoważnych do FIDIC są wystarczające do stwierdzenia, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, odnoszenie postawionego warunku do przedmiotu zamówienia w taki sposób, jaki robi to odwołujący się należy uznać za nieuzasadnione.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....