

WYROK
z dnia 25 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Członkowie: **Katarzyna Prowadzisz**
Katarzyna Ronikier - Dolańska

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Doosan Babcock Energy Sp. z o.o., ul. Podmiejska 7, 44-207 Rybnik** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Energa Elektrownie Ostrołęka Sp. z o.o., ., 07 – 401 Ostrołęka, ul. Elektryczna 5**, protestu z dnia 29 stycznia 2010 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Doosan Babcock Energy Sp. z o.o., ul. Podmiejska 7, 44-207 Rybnik 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 uiszczonego przez **Doosan Babcock Energy Sp. z o.o., ul. Podmiejska 7, 44-207 Rybnik,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Doosan Babcock Energy Sp. z o.o., ul. Podmiejska 7, 44-207 Rybnik.**

Uzasadnienie

Energa Elektrownie Ostrołęka S.A. z siedzibą w Ostrołęce, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Zaprojektowanie i budowę pozamłynowej instalacji podawania biomasy do kotłów EI.B.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 28 listopada 2009 r., nr 2009/S 230-330684.

W dniu 22 stycznia 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, zwanego dalej „Odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, podnosząc iż we wniosku złożonym przez Odwołującego brak jest zamówienia polegającego na budowie pozamłynowej instalacji podawania biomasy do kotłów opalanych pyłem węglowym (węgiel kamienny), o wydajności kotła nie mniejszej niż 230 ton pary/h, co było warunkiem udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 28 stycznia 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 29 stycznia 2010 r.) Odwołujący wniósł protest na czynność wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jednocześnie wnosząc o powtórzenie czynności badania i oceny wniosków, a w jej wyniku zakwalifikowania Odwołującego do dalszego postępowania.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż spełnia postawiony wykonawcom warunek. Przedstawił w wykazie prace polegające na budowie instalacji rozładunku, magazynowania, transportu i przygotowania mączki biomasowej z dostarczeniem jej do zbiorników przykotłowych dla kotłów pyłowych OP-650 (650 ton pary/h) opalanych węglem kamiennym o numerach stacyjnych 1-4 w Elektrowni Rybnik S.A., a zatem zamówienie odpowiadające „swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia”. Zamówienie to wykonał w okresie od lipca 2008 r. do kwietnia 2009 r., a więc „w okresie 5 lata przed dniem wszczęcia postępowania”, załączając stosowne referencje: zadanie to dotyczyło „budowy pozamłynowej instalacji podawania biomasy do kotłów opalanych pyłem węglowym (węgiel kamienny) o wydajności nie mniejszej niż 230 ton pary/h. Odwołujący i ten warunek spełnił, gdyż przedmiotowe zamówienie obejmowało budowę w systemie „pod klucz” instalacji w zakresie od układu rozładunku (przyjęcia) biomasy poprzez układ jej magazynowania, przygotowania (mielenia), transport pneumatyczny do zbiorników przykotłowych, a także sam zbiornik przykotłowy wraz

z urządzeniami wygarniającymi biomasę. Oczywistym jest, że zbiornik przykotłowy, do którego podawana jest biomasa, stanowi element kotła (podobnie jak zasobnik węgla). Tym samym wymóg Zamawiającego został przez niego spełniony.

Natomiast żądanie przedstawienia zadania referencyjnego, które obejmowałoby część instalacji „od zbiornika przykotłowego do komór paleniskowych kotłów” wykraczało poza warunek postawiony przez Zamawiającego, gdyż żądał on jedynie wykazania się doświadczeniem w zakresie wykonania instalacji podawania, a nie instalacji do spalania biomasy.

Pismem z dnia 5 lutego 2010 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc iż Odwołujący przedstawił pracę, która nie obejmuje najbardziej istotnego, decydującego o ekonomiczności i bezpieczeństwie procesu technologicznego, a mianowicie zamówienia nie zawierającego instalacji od zbiorników do kotłów. Zbiorniki na pył biomasowy z uwagi na wysokie zagrożenie pożarowe i wybuchowe są sytuowane na zewnątrz budynków kotłowni i w miejscach o najmniejszym zagrożeniu otoczenia ewentualnym wybuchem. Zbiorniki na pył biomasowy, ze względu na swoją specyficzną konstrukcję i warunki pracy oraz stosowane zabezpieczenia są integralnymi obiektami, nie stanowią części kotłów i nie można ich za takie uznać. Proces zasilania biomasą kotłów obejmujący rozładunek, rozdrabianie i transport pyłu zakończony napełnieniem jedynie tych zbiorników, nie może być uznane jako podatknie biomasy do kotłów, gdyż pomija najistotniejszą część instalacji (od zbiorników do kotłów) obejmującą: dozowniki, przewody transportowe, palniki (ich liczbę, usytuowanie w ścianach komory paleniskowej) systemy zabezpieczeniowe i regulacyjne.

Pismem z dnia 12 lutego 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ pisma bezpośredni do Prezesa UZP w dniu 15 lutego 2010 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 15 lutego 2010 r.), zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 48 ust. 2, art. 57 ust. 2 i art. 11 pkt 4 ustawy Pzp, oraz wnosząc o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o zaliczenie w poczet materiału dowodowego rysunku z dokumentacji dotyczącej wykonanego przez niego zamówienia, objętego zakwestionowanymi przez Zamawiającego referencjami.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia, złożone wnioski, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Przede wszystkim skład orzekający Izby ustalił, że w związku z tym, iż postępowanie o przedmiotowe zamówienie wszczęto w dniu 28 listopada 2009 r., a którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, tj. w dacie przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym, a więc sprzed wejścia w życie wskazanych wyżej przepisów.

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. 187 ust. 4 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie III.2.3 wskazał, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunku „wykonawca winien przedłożyć Wykaz zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, (...) zawierający co najmniej 1 zamówienie polegające na budowie pozamłynowej instalacji podawania biomasy do kotłów opalanych węglem (węgiel kamienny), o wydajności kotła nie mniejszej niż 230 ton pary/h”.

Odwołujący w załączeniu do złożonego wniosku przedłożył „Wykaz wykonanych przez Wykonawcę zamówień o podobnych zakresie i charakterze”, w którym wskazał zrealizowaną na rzecz Elektrowni „Rybnik” S.A. z siedzibą w Rybniku robotę, polegającą na „instalacji, rozładunku, magazynowaniu, transporcie i przygotowaniu mączki biomasowej z dostarczeniem jej do zbiorników przykotłowych do kotłów pyłowych (...)”, na potwierdzenie powyższego załączając stosowne referencje.

Pismem z dnia 12 stycznia 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów i wyjaśnień, podnosząc iż w złożonym wykazie „brak jest zamówienia polegającego na budowie pozamłynowej instalacji podawania biomasy do kotłów opalanych pyłem węglowym (...)”, a wykazane zamówienie „nie obejmuje całości zakresu prac – nie obejmuje instalacji od zbiorników przykotłowych do komór paleniskowych kotłów”.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący oświadczył, iż spełnił warunek postawiony przez Zamawiającego, konsekwencją czego było wykluczenie Odwołującego z postępowania.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Z treści warunku postawionego przez Zamawiającego jednoznacznie wynika, iż wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie zobowiązani byli wykazać się doświadczeniem polegającym na budowie pozamłynowej instalacji podawania biomasy do kotłów. Tak więc wykonawca winien wykazać realizację instalacji opisanej w punkcie III.2.3 ogłoszenia, a instalacja ta miała obejmować podawanie biomasy do kotła. Oznacza to, iż wykazanie się doświadczeniem w realizacji instalacji, która nie obejmuje podawania biomasy do kotła, a więc elementu wskazanego w postawionym przez Zamawiającego warunku, nie może stanowić potwierdzenia jego spełnienia. Wykonawcy zobowiązani bowiem byli wykazać się doświadczeniem w wykonaniu określonej inwestycji, a nie jakiegokolwiek inwestycji, ani też inwestycji obejmującej tylko część elementów wchodzących w skład instalacji będącej przedmiotem zamówienia, a przede wszystkim wskazanej w warunku udziału w postępowaniu.

Bezspornym jest, iż Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazał się wykonaniem instalacji dostarczającej biomasę do zbiorników przykotłowych. Zbiorniki przykotłowe, wbrew twierdzeniom Odwołującego, to zbiorniki pośrednie, nie stanowiące części kotła, a jedynie jego element pomocniczy. Nie można więc utożsamiać kotła ze zbiornikami przykotłowymi. Zatem Odwołujący, przedkładając referencje obejmujące instalację podawania biomasy do zbiorników przykotłowych, nie wykazał się realizacją inwestycji, która obejmowałaby podawanie biomasy do kotła. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że skoro zbiorniki przykotłowe znajdują się na terenie kotłowni to tym samym stanowią część kotła jest nieuprawniony. Niewątpliwie stanowią one część kotłowni. Jednak w kotłowni znajduje się szereg różnych elementów, które mimo, iż znajdują się w kotłowni nie stanowią części samego kotła.

Natomiast użycie do transportu biomasy do zbiorników przykotłowych takich samych urządzeń, jak w przypadku podawania biomasy do kotła, wyposażenie instalacji w takie same zabezpieczenia przeciwwybuchowe i przeciwpożarowe w niniejszym stanie faktycznym nie mają znaczenia. Odwołujący nie wykazał się bowiem doświadczeniem w realizacji instalacji obejmującej, co wyraźnie zostało wskazane w warunku, podawania biomasy do kotła. Odwoływanie się więc do podobnej złożoności realizowanej uprzednio inwestycji, w sytuacji gdy bezsprzecznie nie obejmuje ona podawania biomasy do kotła, jak i udziału wartości powoływanej instalacji w stosunku do całej wartości instalacji, nie ma wpływu na ocenę spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku. Odwołujący niewątpliwie posiada określone doświadczenie, jednak doświadczenie to nie jest wystarczające do realizacji tego konkretnego zamówienia. Odwołujący nie spełnił bowiem warunku określonego w pkt III.2.3 ogłoszenia, mimo że treść ogłoszenia sformułowana była jednoznacznie i czytelnie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....