

Sygn. akt KIO 1116/10

**WYROK**  
**z dnia 18 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Katarzyna Brzeska**

Protokolant: **Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 czerwca 2010 r. przez **Energoprojekt Gliwice S.A., 44-101 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 11** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Kozienice II Sp. z o.o., Świrze Górne, 26-900 Kozienice 1**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Energoprojekt Gliwice S.A., 44-101 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 11 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Energoprojekt Gliwice S.A., 44-101 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 11** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Energoprojekt Gliwice S.A., 44-101 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 11** na rzecz **Kozienice II Sp. z o.o., Świrze Górne, 26-900 Kozienice 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Radomiu**.

**Przewodniczący**

.....

## **UZASADNIENIE**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, z późn. zm) zwanej dalej „*ustawą Pzp*” na usługę „*Wykonania projektu budowlanego bloku energetycznego o mocy 1000 MWe netto*” zostało wszczęte przez Kozienice II Sp. z o.o., Świerże Górne, Gmina Kozienice, 26-900 Kozienice 1, zwany dalej „*Zamawiającym*” ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 105-159952 w dniu 02.06.2010 r. W dniu 28.05.2010 r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „*SIWZ*” została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Niezgadając się z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ Energoprojekt Gliwice S.A., 44-101 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 11, dalej zwany „*Odwołującym*” w dniu 07.06.2010 r. wniósł odwołanie bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zaskarżając czynność Zamawiającego polegającą na skonstruowaniu przez Zamawiającego treści ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonania projektu budowlanego bloku energetycznego 1000 MWe netto, poprzez określoną w pkt III.2.3, ustalającej zdolność techniczną wykonawcy, która wyklucza Odwołującego z postępowania i zarazem ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zamówienia, a także skonstruowaniu treści SIWZ, określonej w Instrukcji dla wykonawców – pkt 7.1.b) oraz 7.3.2 w powyższym zakresie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż jego zdaniem Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji podczas formułowania ogłoszenia o zamówieniu sektorowym oraz SIWZ, poprzez takie określenie zdolności technicznej wykonawcy, które zdaniem Odwołującego ogranicza krąg potencjalnych wykonawców jedynie do dwóch podmiotów.

Odwołujący wniósł o zmianę treści zaskarżonego ogłoszenia w pkt III.2.3 poprzez nadanie treści podpunktu 2 w następującym brzmieniu: „Wykażą się wykonaniem w ciągu ostatnich 15 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie co najmniej jedną usługę polegającą na uczestnictwie (jako wykonawca lub podwykonawca) w wykonaniu dokumentacji technicznej niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę bloku energetycznego o mocy co najmniej 100 MWe

opalanego węglem lub kotłowni dla takiego bloku lub maszynowni dla takiego bloku, która to usługa została należycie wykonana”. Ponadto Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ poprzez nadanie jej brzmienia: „Wykażą się wykonaniem w ciągu ostatnich 15 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie co najmniej jedną usługą polegającą na uczestnictwie (jako wykonawca lub podwykonawca) w wykonaniu dokumentacji technicznej niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę bloku energetycznego o mocy co najmniej 100 MWe opalanego węglem lub kotłowni dla takiego bloku lub maszynowni dla takiego bloku” oraz dokonanie zmiany w podanym zakresie treści wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie muszą dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Ponadto Odwołujący w swoim odwołaniu wskazał, iż Zamawiający postawił niniejszy warunek o następującej treści: „ Wykazania się w ciągu ostatnich 7 lat co najmniej jedną usługą polegającą na uczestnictwie w wykonaniu dokumentacji technicznej niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę bloku energetycznego opalanego węglem kamiennym lub brunatnym o mocy  $\geq 400$  MWe. Wedle Odwołującego tak postawiony warunek udziału w postępowaniu zawęży krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie, do zaledwie dwóch podmiotów. Zdaniem Odwołującego powyższe kryteria spełniają bowiem dwie inwestycje. W ciągu ostatnich 7 lat w Polsce były zdanem Odwołującego budowane wyłącznie następujące węglowe obiekty energetyczne o parametrach spełniających wymagania postawione przez Zamawiającego:

- 1) 1 blok w elektrowni Pątnów – 464 MWe,
- 2) 1 blok w elektrowni Łagisza – 460 MWe,
- 3) 1 blok w elektrowni Bełchatów II w budowie – 833 MWe.

Odwołujący podnosi, że jedynie w 2 ostatnich inwestycji wykonano w tym okresie dokumentację techniczną niezbędną do uzyskania pozwolenia na budowę. W związku z tym, że zamówienie dotyczy projektu budowlanego zgodnie z polskim prawem budowlanym, jedynie podmioty wykonujące dokumentację techniczną dla tych dwóch inwestycji kwalifikują się do uczestnictwa w tym postępowaniu. Odwołujący twierdzi, iż jeden z tych podmiotów jest obecnie doradcą technicznym przy budowie bloku energetycznego 1 000 MWE netto Elektrowni Kozienice II. Zdaniem Odwołującego rodzi to uzasadnione obawy, że w przetargu zostanie zgłoszona wyłącznie jedyna oferta nie podlegająca odrzuceniu. Odwołujący powołuje się w tym miejscu na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Wedle Odwołującego opisane powyżej sformułowanie ogłoszenia i warunków, jakie zobowiązani są spełnić wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne eliminuje możliwość złożenia oferty przez Odwołującego, pomimo spełnienia przez niego rzeczywistych wymogów do realizacji tego przedsięwzięcia. Odwołujący wskazuje, iż jest zainteresowany przystąpieniem

do powyższego przetargu, i dysponuje on wiedzą, doświadczeniem i kwalifikacjami do wykonania przedmiotu zamówienia. Jest firmą renomowaną, działającą w sektorze energetycznym od 60 lat, zajmując się niemal wyłącznie projektowaniem elektrowni i elektrociepłowni. Odwołujący pełnił rolę generalnego projektanta Elektrowni Opole – zdaniem Odwołującego najnowocześniejszej polskiej elektrowni opalanej węglem. Na podstawie wykonanych przez Odwołującego projektów budowlanych wydano szereg pozwoleń na budowę dla wielkich inwestycji energetycznych, w tym zdaniem Odwołującego pozytywnie oceniony przez Vattenfall Heat Poland projekt budowy dotyczący przedsięwzięcia zabudowy turbozespołu parowego o mocy 100 MWe w Elektrowni Żerań. Odwołujący wskazał także inne inwestycje, które realizował na rzecz Elektrowni Rybnik, Elektrowni Dolna Odra, Elektrowni Zielona Góra, ale żadna z tych inwestycji nie była o większej mocy niż 400 MWe, dlatego też Odwołujący podważa zasadność tak postawionego przez Zamawiającego warunku udziału.

Pismem z dnia 15.05.2010 r. (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15.06.2010 r.) Zamawiający odpowiedział na odwołanie, jednocześnie nieuwzględniając zarzutów zawartych w odwołaniu. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

W terminie przewidzianym ustawą Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba rozpoznała niniejsze odwołanie na rozprawie.

Izba postanowiła również oddalić wnioski w zakresie przesłuchania pana Artura Mermona w charakterze świadka, gdyż stwierdziła, iż ocena postawionego przez Zamawiającego warunku nie wymaga dodatkowych wiadomości, jest zbędna i może prowadzić do przedłużenia procedury odwoławczej przed KIO.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: Krajowa Izba Odwoławcza oddala niniejsze odwołanie.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku z przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie

ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”. Zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych powyżej nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio w dniu 22 grudnia 2009 roku oraz w dniu 29 stycznia 2010 roku.

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia, t.j. w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W następnej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 7.1 b) „*Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*” zawarł zapis, iż wykonawcy zobowiązani są wykazać się w ciągu ostatnich 7 lat co najmniej jedną usługą polegającą na uczestnictwie w wykonaniu dokumentacji technicznej niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę bloku energetycznego opalanego węglem kamiennym lub brunatnym o mocy  $\geq 400$  MWe. Zamawiający zobowiązał się dokonać oceny powyższego warunku w oparciu o złożone przez wykonawcę oświadczenie w zakresie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz wypełniony załącznik nr 3B.

Powyższy zapis ogłoszenia oraz SIWZ został zakwestionowany przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 07.06.2010 r. Treść tak postawionego warunku jest przedmiotem sporu pomiędzy stronami.

**Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje: Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Ponadto zgodnie z ust. 4 ww. artykułu opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Należy zauważyć, iż warunki wskazane przez ustawodawcę w treści art. 22 ustawy Pzp mają charakter blankietowy, a ich konkretyzacja w świetle ustawy Pzp następuje poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia.

Najistotniejszym, w niniejszym sporze jest treść przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który wskazuje że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego. Konkretyzacja warunków z art. 22 ustawy Pzp ma służyć wyłonieniu wykonawców zdolnych do wykonania opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, co oznacza że powyższy opis powinien być również proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Powyższa proporcjonalność przejawiać się powinna w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia. Powyższe oznacza nic innego, jak tylko skonkretyzowanie warunków z art. 22 ustawy Pzp, w taki sposób aby z jednej strony nie ograniczały zasady uczciwej konkurencji (nie były zbyt rygorystyczne dla wykonawców chcących przystąpić do postępowania), ale z drugiej strony pozwalały zamawiającemu wyłonić wykonawcę, który będzie w stanie podołać opisanemu przedsięwzięciu. Zamawiający powinien na tyle przemyśleć czynność opisaną sposobu oceny spełnienia warunków udziału, aby nie okazało się że wyłoniony wykonawca nie jest w stanie zrealizować niniejszego przedmiotu zamówienia, dlatego też opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków nie powinien być dokonywany automatycznie przez Zamawiającego, zaś w każdym przypadku powinien być przemyślany, a następnie kreowany i oceniany indywidualnie przez pryzmat przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do poszczególnych zapisów postawionego warunku dotyczącego wykazania się w ciągu ostatnich 7 lat co najmniej jedną usługą polegającą na uczestnictwie w wykonaniu dokumentacji technicznej niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę bloku energetycznego opalanego węglem kamiennym lub brunatnym o mocy  $\geq 400$  MWe w kontekście postawionych zarzutów Izba doszła do następujących wniosków:

W zakresie wykazania się wykonaniem, zrealizowaniem usług w ciągu ostatnich 7 lat, należy podzielić pogląd Zamawiającego, iż dokonując opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału wykroczył on poza zapisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) zgodnie z którym w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie

niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 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 wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Jednakże Zamawiający uzasadniał tak postawiony warunek faktem, iż należy do grupy zamawiających sektorowych – i w powiązaniu ze specyfiką niniejszego zamówienia, jego zdaniem uprawniony był do zmiany powyższych ram czasowych w świetle przepisów ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący nie podważał okoliczności, iż powyższy okres wskazany w ogłoszeniu i SIWZ jest niezgodny z rozporządzeniem w sprawie dokumentów, wręcz przeciwnie żądał wydłużenia wskazanego w ogłoszeniu i SIWZ okresu wykazania się doświadczeniem do lat 15, od dnia wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Zdaniem Izby Odwołujący, w toku postępowania odwoławczego nie wykazał w sposób dostateczny dlaczego powyższy okres powinien zostać wydłużony do lat 15 jak również w jaki sposób tak skonstruowany warunek narusza zasadę uczciwej konkurencji. Trudno również mówić o ograniczeniu zasad uczciwej konkurencji skoro wykazać się spełnieniem niniejszych warunków oraz zrealizować przedmiotowe zamówienie mogą co najmniej trzy podmioty, co zostało podniesione przez Zamawiającego na rozprawie.

W zakresie wykazania się wykonaniem dokumentacji technicznej bloku energetycznego opalanego węglem kamiennym lub brunatnym o mocy  $\geq 400$  MWe, Izba podkreśla iż formułując zapisy SIWZ Zamawiający nie ma wyraźnego obowiązku korelowania warunków udziału, tak aby koniecznie stawiać pomiędzy poszczególnymi warunkami znak równości. Zdaniem Izby to opis sposobu oceny spełniania warunków ma być adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Izba nie dała wiary argumentom Odwołującego, iż skoro Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem zespołem osób, które np. uczestniczyły w wykonaniu minimum jednej dokumentacji dla elektrowni lub elektrociepłowni o mocy  $\geq 50$  MWe to tym samym warunek ten powinien zostać obniżony do wykazania się wykonaniem dokumentacji technicznej bloku energetycznego minimum o wartości 100 MWe. Należy również podkreślić, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie projektu budowlanego bloku energetycznego o mocy 1000 MWe, co oznacza, że w świetle tego przedmiotu zamówienia nie można mówić, iż żądanie wykazania się wykonaniem dokumentacji technicznej bloku energetycznego o mocy  $\geq 400$  MWe jest nadmierne.

Skoro przedmiotem zamówienia jest wykonanie dokumentacji technicznej bloku energetycznego o mocy 1000 MWe, to trudno przychylić się do argumentacji Odwołującego, że warunek wykazania się w ciągu ostatnich 7 lat co najmniej jedną usługą polegającą na uczestnictwie w wykonaniu dokumentacji technicznej niezbędnej do uzyskania pozwolenia



na budowę bloku energetycznego opalanego węglem kamiennym lub brunatnym o mocy  $\geq$  400 MWe jest warunkiem nadmiernym.

Ponadto Izba wyraża stanowisko, iż Zamawiający nie jest związany warunkami oraz opisem sposobu dokonania oceny ich spełnienia, stawianymi przez innych Zamawiających w stosunku do ich przedmiotu zamówienia. Każdy zamawiający indywidualnie w zakresie własnego przedmiotu zamówienia zobowiązany jest dokonać opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału, dlatego też Izba nie uznała argumentów Odwołującego, że Elektrownia Opole w analogicznym, jego zdaniem przedmiocie zamówienia postawiła inne warunki udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy, poprzez wskazanie iż jeden z podmiotów, będących w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie jest obecnie doradcą technicznym przy budowie bloku energetycznego 1000 MWe, i że w przedmiotowym postępowaniu zostanie zgłoszona jedna oferta Izba stwierdziła, iż przywołany zarzut nie został przez Odwołującego w jakikolwiek sposób udowodniony. W treści odwołania znajdują się ogólne stwierdzenia w tej materii. Należy pamiętać, iż w toku postępowania odwoławczego to na wykonawcy, który korzysta z prawa do odwołania spoczywa ciężar wykazania, że konkretne czynności Zamawiającego czy też jego zaniechania, a w niniejszym przypadku także wykazanie, iż zapisy SIWZ zostały skonstruowane w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, a poprzez to ograniczają wykonawcy możliwość uzyskania danego zamówienia. Na wykonawcy, który skorzysta z prawa zaskarżenia czynności Zamawiającego spoczywa ciężar wykazania, że konkretne zachowanie Zamawiającego (działanie bądź zaniechanie) jest sprzeczne z przepisami ustawy i dlatego jest ono sprzeczne. Odwołujący powinien przedstawić na tą okoliczność konkretne dowody. Nie wystarczy, że wykonawca powoła się na przepis ustawy Pzp i wskaże w tym zakresie bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Nie wystarczy również przekonanie wykonawcy, że jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie, wykazując się w odwołaniu bogatym doświadczeniem. W odwołaniu należy wskazać czy Zamawiający naruszył jakieś przepisy i w jaki sposób to zrobił, nie zaś wykazywać się doświadczeniem, które ma potwierdzać, że wykonawca mimo postawionego warunku, nie mogąc go spełnić, jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia.

W związku z powyższym, iż Odwołujący nie wykazał w niniejszym postępowaniu naruszenia zasad uczciwej konkurencji, mając na względzie przedstawioną powyżej argumentację niniejsze odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....