

Sygn. akt: KIO/UZP 616/09

WYROK

z dnia 22 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Emil Kuriata Jolanta Markowska
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Energia Odnawialna S.A., Warszawa, ul. Ogrodowa 59a** protestu z dnia 17 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1** na rzecz **PGE Energia Odnawialna S.A., Warszawa, ul. Ogrodowa 59a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. PGE Energia Odnawialna S.A. prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację ekranu betonowego obwałowań zbiornika dolnego Elektrowni Szczytowo-Pompowej Dychów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 lutego 2009 r. pod numerem 2009/S 26-038087.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 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 z uwagi na niespełnienie przez ww. Wykonawcę warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający stwierdził, iż dwa z czterech wykazanych przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. robót nie spełniają przedmiotowego warunku. Inwestycja „Budowa i uruchomienie Elektrowni Wodnej Januszkowice przy istniejącym stopniu wodnym Januszkowice w 105,6 km Odry wyposażonej w dwa turbozespoły o mocy 700 kW każdy” była prowadzona w okresie od stycznia 2002 r. do października 2003 r., zatem nie została zrealizowana w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, natomiast inwestycja „Budowa i uruchomienie elektrowni Wodnej „Krępna” przy istniejącym stopniu wodnym Krępna w 114,5 km rzeki Odry, wyposażonej w dwa turbozespoły o mocy 700kW każdy” nie spełnia wymogu wartości netto minimum 10 000 000 zł. Zamawiający podkreślił, iż przez roboty o zbliżonym charakterze, o których mowa w postawionym warunku rozumieć należało roboty hydrotechniczne na ciekach płynących, co nie zostało wykazane przez ww. Wykonawcę zarówno w wykazie wykonanych robót, jak i w złożonej referencji.

W dniu 17 kwietnia 2009 r. (pismem z dnia 16 kwietnia 2009 r.) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. zwane dalej Odwołującym wniosło protest wobec opisanej powyżej czynności Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji;
- art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo spełniania przez Wykonawcę wszystkich warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

- art. 25 ust. 1 pkt ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2006 r. Nr 87 poz. 605 z późn. zm.) przez błędną jego interpretację.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż działanie Zamawiającego jest niezgodne z pkt III ust. 2.3 Specyfikacji oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak zauważył Odwołujący, w Ogłoszeniu o zamówieniu w Części II pkt 2 i Części III pkt 2.3 Zamawiający nie zastrzegł, iż wymagana wartość robót budowlanych ma odnosić się jedynie do prac o charakterze hydrotechnicznym, nie wskazał również, że te prace mają być identyczne z przedmiotem zamówienia. Odwołujący podkreślił, iż ogłoszenie nie wskazuje szczegółowo, jaki rodzaj prac o charakterze hydrotechnicznym jest wymagany, a warunkiem udziału w postępowaniu było jedynie zrealizowanie w ciągu ostatnich 5 lat zamówień o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, rozumianych jako roboty hydrotechniczne *sensu largo*. Użycie określenia „o charakterze zbliżonym” nie może być, zdaniem Odwołującego, utożsamiane z określeniem „identyczne”, do czego zmierza interpretacja dokonana przez Zamawiającego. Odwołujący wywiódł, iż złożone przez niego referencje spełniają wymagania Zamawiającego, gdyż w swej treści specyfikują charakter wykonanych prac z podaniem ich zakresów rzeczowych oraz wartości ogólnej. W ocenie Odwołującego, wskazanie kubatury i charakteru prac wystarczająco identyfikuje rozmiar robót hydrotechnicznych.

Odwołujący stwierdził ponadto, że Zamawiający uprawniony jest do żądania informacji potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale tylko takich, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, do których, w ocenie Odwołującego, nie należą dane o zakresie realizowanych robót.

Odwołujący zwrócił również uwagę na dyspozycję art. 25 ustawy Pzp, podnosząc, iż dokumentami, jakich może żądać Zamawiający w celu potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, mogą być wyłącznie dokumenty określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Podkreślił także, że listę wymaganych dokumentów Zamawiający musi określić w ogłoszeniu o zamówieniu. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 43/07) oraz z dnia 17 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 58/07), a także na wyroki Zespołu Arbitrów z dnia 15 maja 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-554/07) i z dnia 19 kwietnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-428/07).

Odwołujący oświadczył, iż spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, na potwierdzenie czego złożył wszystkie konieczne dokumenty.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego,
2. dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny złożonego przez Odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
3. dopuszczenie Odwołującego do udziału w postępowaniu, tj. zaproszenie Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. do składania ofert.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 28 kwietnia 2009 r. przez jego oddalenie. Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w informacji o wynikach oceny ofert stwierdzając dodatkowo, iż z informacji uzyskanych od inwestora obiektu Elektrownia Wodna „Krępna” wynika, iż wartość robót hydrotechnicznych wykonanych na ww. obiekcie wynosiła nie więcej niż 9 000 000 zł, co prowadzi do wniosku, iż wartość podana przez Odwołującego w wykazie robót dla tego zadania obejmuje całość prac, a nie wartość robót hydrotechnicznych i tym samym nie potwierdza spełnienia postawionego warunku.

Za bezzasadne uznał Zamawiający zarzuty Odwołującego dotyczące rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez żądanie dokumentów innych niż wymienione w rozporządzeniu o rodzajach dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający zwrócił uwagę, iż w żadnym momencie postępowania nie twierdził, że referencja powinna zawierać coś ponad potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Zauważył, iż w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp żądał informacji o wartości robót hydrotechnicznych, które zostały wskazane jako opis warunku udziału w postępowaniu, co nie stoi w sprzeczności z przepisami prawa.

Z powyższą decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 8 maja 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji;
- art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania mimo spełniania przez Wykonawcę wszystkich warunków udziału w postępowaniu,
- art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez błędną jego interpretację.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego,

2. dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny złożonego przez Odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
3. dopuszczenie Odwołującego do udziału w postępowaniu, tj. zaproszenie Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. do składania ofert.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym Ogłoszenia o zamówieniu, a także biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do wniesienia środków ochrony prawnej. Odwołujący, jako Wykonawca, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, uprawniony jest do kwestionowania czynności Zamawiającego, naruszających, w jego ocenie, przepisy prawa.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadza się do ustalenia czy dokonana przez Zamawiającego ocena spełniania przez Odwołującego warunku doświadczenia jest prawidłowa. Zamawiający wymagał od Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania się zrealizowaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania minimum 3 zamówień o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, o wartości netto każdego zadania nie mniejszej niż 10 000 000 zł, zakończonych przed dniem złożenia wniosku (pkt III.2.3) ppkt 1a Ogłoszenia o zamówieniu). Precyzując warunek Zamawiający określił, iż przez „roboty o zbliżonym charakterze” rozumie roboty hydrotechniczne na ciekach płynących. Warunek ten nie został zakwestionowany przez Wykonawców. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający żądał złożenia przez Wykonawców wykazu zrealizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania robót z podaniem ich wartości, daty i miejsca wykonania oraz dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie (pkt III.2.3) ppkt 2.1. Ogłoszenia o zamówieniu). Ww. dokumenty stanowią dokumenty, których żądanie jest zgodne z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący złożył dokument „Doświadczenie zawodowe wykonawcy” (str. 81 wniosku), gdzie wykazał zrealizowanie czterech robót:

- 1) Budowa stopnia wodnego na rzece Bóbr w ramach I etapu realizacji inwestycji „Rakowice-Zbiornik” w Gminie Lwówek Śląski w zakresie jazu wpustowego i elektrowni wodnej wraz z robotami towarzyszącymi na kwotę 13 100 000 zł, zrealizowaną w okresie od grudnia 2003 r. do października 2005 r.,
- 2) Budowa i uruchomienie Elektrowni Wodnej Krapkowice przy istniejącym stopniu wodnym Krapkowice w 123,5 km rzeki Odry na kwotę 13 200 000 zł, zrealizowaną w okresie od kwietnia do listopada 2006 r.,
- 3) Budowa i uruchomienie Elektrowni Wodnej „Krępna” przy istniejącym stopniu wodnym Krępna w 114,5 km rzeki Odry, wyposażonej w dwa turbozespoły o mocy 700 kW każdy na kwotę 11 083 799 zł, zrealizowaną w okresie od maja 2003 r. do września 2004 r.,
- 4) Budowa i uruchomienie Elektrowni Wodnej Januszkowice przy istniejącym stopniu wodnym Januszkowice w 105,6 km Odry wyposażonej w dwa turbozespoły o mocy 700 kW każdy na kwotę 12 351 190 zł, zrealizowaną w okresie od stycznia 2002 r. do października 2003 r.

Odwołujący złożył również listy referencyjne dotyczące wszystkich ww. robót.

Pismem z dnia 16 marca 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów wymienionych w pkt III.2.3. Ogłoszenia o zamówieniu stwierdzając, iż podane w wykazie wartości i zakres robót odnoszą się do wszystkich rodzajów robót, co utrudnia Zamawiającemu ocenę spełniania wymogów technicznych podanych w ogłoszeniu i dotyczących robót hydrotechnicznych o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia, przez co rozumie się roboty hydrotechniczne na ciekach płynących. Zamawiający zwrócił się o wyspecyfikowanie robót o charakterze hydrotechnicznym z zakresów prac wymienionych w wykazie, z podaniem ich dokładnej wartości oraz wyłączenie z nich pozostałych robót.

Odwołujący odpowiadając na pytanie Zamawiającego, pismem z dnia 20 marca 2009 r. stwierdził, iż żądanie Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w brzmieniu ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji oraz w przepisach prawa, przytoczył również argumentację powtórzoną następnie w proteście.

Izba uznała postawione przez Odwołującego zarzuty za bezzasadne. Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający w treści ogłoszenia wyraźnie sprecyzował, co należy rozumieć przez roboty o zbliżonym charakterze, a warunek ten nie został zakwestionowany przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu, Odwołujący zobowiązany był wykazać

zrealizowanie wyspecyfikowanych w ogłoszeniu robót. Izba stwierdziła, iż złożona przez Odwołującego referencja dotycząca budowy i uruchomienia Elektrowni Wodnej „Krępna” nie potwierdza posiadania przez Odwołującego wymaganego doświadczenia. W referencji z dnia 21 października 2004 r. wystawca tj. Zespół Elektrowni Wodnych Dychów S.A. potwierdził, iż w ramach ww. zamówienia realizowane były m.in. roboty ziemne, konstrukcja żelbetowa bloku elektrowni, montaż turbozespołów, dostawa i montaż konstrukcji stalowych i instalacji wyposażenia bloku, wykonanie kanału dopływowego, konstrukcji ujęcia wody, budynku rozdzielni elektrycznej wraz ze stanowiskiem transformatora blokowego, wykonanie masztu radiotelefonicznego, drogi dojazdowej i placów manewrowych, a także robót ogólnobudowlanych związanych z ukształtowaniem terenu i małą architekturą. Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, iż w ramach zamówienia Budowa i uruchomienie Elektrowni Wodnej „Krępna” realizowane były, oprócz robót hydrotechnicznych, także inne prace, których do tej kategorii nie sposób zaliczyć. Jednocześnie złożona przez Odwołującego referencja, jak również wykaz zrealizowanych prac, nie wskazują, jaki udział kwotowy w całej wartości ww. zamówienia miały roboty hydrotechniczne.

Złożone na rozprawie przez Zamawiającego dokumenty, tj. pismo Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o. z dnia 26 marca 2009 r. oraz pismo EGO-ODRA S.A. z dnia 20 maja 2009 r. wraz z załącznikiem dodatkowo potwierdzają, iż wykonane w ramach zamówienia Budowa i uruchomienie Elektrowni Wodnej „Krępna” roboty hydrotechniczne mają wartość mniejszą niż kwota wskazana w warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący dowodu przeciwnego nie przeprowadził, nie kwestionował również złożonych przez Zamawiającego dowodów.

Wobec powyższego, za uzasadnioną Izba uznała decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, 24 ust. 1 pkt 10 oraz 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....