

WYROK
z dnia 17 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2011 r. przez wykonawcę **Henryka Siwka** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Zakłady Metalowe „SIWEK”, 55-010 Święta Katarzyna, Biestrzyków, ul. Warsztatowa 6** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka, 21 - 013 Puchaczów,**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym treści załącznika Nr 3 do s.i.w.z. oraz treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 26 kwietnia 2011 roku w zakresie punktów III.2.1.3 oraz III.2.3.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka, 21 - 013 Puchaczów** i:

- 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Henryka Siwka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe „SIWEK”, 55-010 Święta Katarzyna, Biestrzyków, ul. Warsztatowa 6** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. Zasądza od **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka, 21 - 013 Puchaczów** na rzecz **Henryka Siwka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe „SIWEK”, 55-010 Święta Katarzyna, Biestrzyków, ul. Warsztatowa 6** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Sektorowy – Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka, 21 - 013 Puchaczów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę międzyodrzwiowych rozpór stabilizowanych dwustronnego działania do obudowy chodnikowej wykonanej z kształtownika V32/V36*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 marca 2011 r. pod numerem 2011/S 60-097589.

Dnia 26 kwietnia 2011 roku Zamawiający zmodyfikował treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Henryk Siwek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe „SIWEK”, 55-010 Święta Katarzyna, Biestrzyków, ul. Warsztatowa 6 i dnia 4 maja 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na dokonaniu nieuprawnionej modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczonej w Dzienniku Urzędowym UE dnia 26.04.2011 r. pod nr 2011-058213, a polegającej na ustaleniu, iż w celu wykazania zdolności technicznej wykonawcy muszą wraz z ofertą złożyć wykaz wykonanych i wykonywanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dostaw rozpór dwustronnego działania do obudowy chodnikowej wykonanej z kształtownika V, wskutek czego Odwołujący, który ma interes w uzyskaniu zamówienia w niniejszym postępowaniu, został w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy narażony na poniesienie szkody przejawiającej się w utracie korzyści, jaką uzyskałby wykonując zamówienie - o zamówienie mogą się bowiem wskutek dokonanej modyfikacji ubiegać także wykonawcy niespełniający ustawowego warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego czynność Zamawiającego stanowi naruszenie przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 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).

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu przywrócenia pierwotnej treści ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie punktów III.2.1) oraz III.2.3), jak też odpowiednią modyfikację treści załącznika Nr 3 do s.i.w.z.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

Zamawiający na swojej stronie internetowej zamieścił informację o modyfikacji treści ogłoszenia i s.i.w.z. - mimo takiej treści informacji, zmian dokonano jednak wyłącznie w treści ogłoszenia o zamówieniu, z wykorzystaniem standardowego formularza Dziennika

Urzędowego UE. W odniesieniu do s.i.w.z., Zamawiający zmodyfikował jedynie treść Załącznika nr 3 do niej, stanowiącego wzór wykazu dostaw.

Zmiana ogłoszenia objęła punkty III.2.1.3. oraz III.2.3. Zamawiający całkowicie usunął z rozdziału odnoszącego się do sytuacji podmiotowej wykonawców wymóg legitymowania się dostawami rozpór o łącznej wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł netto, zaś w rozdziale dotyczącym zdolności technicznej wskazał, że nadal żądany wykaz dostaw powinien wymieniać dostawy wykonane i wykonywane w okresie ostatnich pięciu lat (nie trzech, jak wskazywano pierwotnie). W konsekwencji Zamawiający doprowadził do zaistnienia rozbieżności między treścią s.i.w.z. (która od momentu wszczęcia postępowania nie uległa zmianie) a treścią ogłoszenia o zamówieniu.

Ukształtowanie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, jakie wprowadził Zamawiający mocą modyfikacji ogłoszenia jest sprzeczne z przepisem art. 22 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, (...) powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Bez wątplenia nie jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, którego wartość wynosi kilka milionów złotych, oczekiwanie wykazania dostawy choćby jednej rozpory.

Odwołujący podniósł ponadto, iż modyfikacja ogłoszenia o zamówieniu, dokonana przez Zamawiającego, narusza bezwzględnie obowiązujący przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w żadnym wypadku nie jest uprawniony do wydłużania ustalonego wiążąco przez ustawodawcę okresu, w jakim mogą być wykonywane dostawy wykazywane na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Wiedza i doświadczenie, o ile nie są konsekwentnie podtrzymywane przez realizowanie dalszych dostaw, ulegają w naturalny sposób „zatarciu”, co uzasadnia konieczność ustalenia ścisłego okresu, z jakiego mogą pochodzić wykazywane dostawy.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 4 maja 2011 roku.

Zamawiający, dnia 4 maja 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia.

Zamawiający, nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w pierwotnej treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił warunek udziału w postępowaniu, w którym wskazał, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub wykonują dostawy rozpór dwustronnego działania do obudowy chodnikowej wykonanej z kształtownika V o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 PLN netto.

W celu potwierdzenia posiadania zdolności technicznej wykonawcy mieli obowiązek dołączyć do oferty między innymi wykaz wykonanych i wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostaw rozpór dwustronnego działania do obudowy chodnikowej wykonanej z kształtownika V – złożony na druku stanowiącym załącznik Nr 3 do s.i.w.z., wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Następnie Zamawiający dnia 26 kwietnia 2011 roku zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu w pkt. III.2.1.3 wykreślając opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz w pkt III.2.3 zastępując jego dotychczasową treść sformułowaniem „Wykaz wykonanych i wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostaw rozpór dwustronnego działania do obudowy chodnikowej wykonanej z kształtownika V – złożony na druku stanowiącym załącznik Nr 3 do s.i.w.z., wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.”.

W powyższym zakresie działania Zamawiającego należy ocenić negatywnie.

Ustawa - Prawo zamówień publicznych precyzuje warunki udziału w postępowaniu, jakie spełniać winien wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Opisując sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający, działając w granicach art. 22 ust. 1, definiuje cechy podmiotu, jakie są niezbędne dla uznania, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia i daje gwarancje wiarygodności.

Warunki określone w przepisie art. 22 ust. 1 nie mają jednolitego charakteru. Są wśród nich zarówno takie, których treść wyznaczył ustawodawca normatywnie, jak i takie, które w zależności od konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagają dookreślenia przez Zamawiającego.

Treść warunków określonych w przepisach art. 22 ust. 1 pkt 2–4 jest względna, zmienna w zależności od danego zamówienia publicznego i bezpośrednio zależy od zamawianych robót budowlanych, usług czy dostaw, czyli od przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem mówić o abstrakcyjnie rozumianym potencjale technicznym i osobowym do wykonania zamówienia czy o pojmowanej w podobny sposób sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na wykonanie zamówienia, bez jakiegokolwiek powiązania wskazanych okoliczności z konkretnym świadczeniem, które ma być zrealizowane w ramach wykonania umowy. Dopiero adaptacja przez zamawiającego tych warunków do potrzeb danego zamówienia i opis sposobu oceny ich spełniania nadaje im treść odpowiednią do tego, aby mogły stać się przedmiotem weryfikacji z punktu widzenia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Opis sposobu oceny spełniania warunków powinien zapewniać przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych – równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Nowelizacja z dnia 5 listopada 2009 r. zmieniła brzmienie przepisu art. 22 ust. 4 (poprzednio art. 22 ust. 2) i w miejsce zakazu określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, posługuje się nakazem takiego dokonywania opisu, aby był on związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny, to zamawiającego zawsze wiążą zasady określone w przepisie art. 7.

W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, ETS wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W wyroku z dnia 27 października 2005 r., C-234/03, *Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, ECR 2005, nr 10B, poz. I-09315, ETS uznał za nieproporcjonalny warunek posiadania potencjału

technicznego, gdyż żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem było nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazać również należy na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 6 maja 2009 r., XII Ga 143/09, niepubl., w którym sąd wskazał, iż: „Przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia”.

Z treści art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika obowiązek Zamawiającego formułowania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby nie utrudniał on uczciwej konkurencji. Obowiązek ten nie może być utożsamiany z nakazem dopuszczenia wszystkich podmiotów do udziału w postępowaniu, również tych, które nie posiadają stosownego doświadczenia. Zamawiający zobowiązany jest również określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem Zamawiającego, który dokonując tej czynności zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Warunki udziału w postępowaniu muszą jednakże pozostawać w zgodzie z przepisami wykonawczymi. Przepis § 1 ust. 1 pkt 3 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 (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817) stanowi, iż w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (...) Zamawiający żąda 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 trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...).

Z przepisu powyższego nie wynika uprawnienie dla Zamawiającego pozwalające na przyjęcie stanowiska, iż okres trzyletni poprzedzający termin składania ofert jest terminem jedynie instrukcyjnym – minimalnym.

Zamawiający, przyjmując termin 5-letni do wykazania się doświadczeniem w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu naruszył obowiązujące przepisy ustawy Pzp, w szczególności przepisy w/w rozporządzenia.

Przepis § 3 ust. 1 pkt 3 w/w rozporządzenia jasno i precyzyjnie określa termin uzyskania doświadczenia przez wykonawców, tj. 3 lata wstecz liczonego od dnia składania ofert. Innego terminu ustawodawca nie ustanowił. Ustawodawca nie wskazał również, że termin

3-letni to termin minimalny, który pozwoliłby na jego przedłużenie, w zależności od potrzeb Zamawiającego.

Należy również zgodzić się z poglądem wyrażonym w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia KIO w uchwale z dnia 3 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO/KD 96/10, gdzie Izba uznała, że *"W okresie ostatnich 3 lat" należy rozumieć jako dostawy w każdym z 3 lat. Treść rozporządzenia jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia wykazu z pewnego okresu czyli przedziału czasowego, który został dookreślony w rozporządzeniu i wynosi trzy lata. Wynika z tego, że Zamawiający nie ma prawa wydłużyć tego czasokresu poprzez zwiększenie ilości lat, nie ma prawa również zawęzić tego czasookresu np.: jedynie do ostatniego roku ale również nie ma prawa żądania wykazania się nabytym doświadczeniem w każdym z poszczególnych trzech lat.*

Izba wskazuje również, że przepis art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych nadaje uprawnienie Zamawiającemu sektorowemu do żądania przedstawienia przez wykonawców także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków.

Z całą mocą należy podkreślić, że przepis powyższy nie uprawnia Zamawiającego sektorowego do kształtowania treści warunku udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami. Uprawnia jedynie Zamawiającego sektorowego do żądania, oprócz dokumentów wymaganych rozporządzeniem 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, dokumentów innych, niezbędnych do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków.

Tym samym zarzuty Odwołującego należało uznać za zasadne.

Zamawiający zobowiązany treścią niniejszego wyroku winien unieważnić czynność zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 26 kwietnia 2011 roku, przywracając ich pierwotną treść wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 26 marca 2011 roku i zachowując tożsamą z w/w ogłoszeniem treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz ze stosownymi załącznikami.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Zamawiający naruszył wskazane przed Odwołującego przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych. Dlatego też, na

podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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 Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący: