

Sygn. akt: KIO 1993/14

WYROK

z dnia 13 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2014 r. przez Odwołującego **TurboCare Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, ul. Paprotna 12, 51-117 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. z siedzibą w Warszawie**, ul. Topieli 12, 00-342 Warszawa

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą 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 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem przez Zamawiającego – System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. z siedzibą w Warszawie na *zakup pakietu serwisowego dla zespołów turbosprężarkowych typu SGT600+60P2+system sterowania turbiną UCS na tłoczniach gazu Kondratki, Zambrów, Ciechanów, Włocławek i Szamotuły*, wobec postanowień ogłoszenia dotyczących ustalonych warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, wykonawca TurboCare Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 26 września 2014 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1993/14).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z 16.09.2014 r., 2014/S 177-313656.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwotę określoną w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla dostaw i usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez opisanie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niezwiązany z przedmiotem zamówienia z rażącym naruszeniem uczciwej konkurencji oraz preferujący dotychczasowego wykonawcę zamówienia będącego jednocześnie producentem urządzeń których dotyczy zamówienie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji 3 pkt III.2.3 Kwalifikacje techniczne ppkt 2 i 3 (przez usunięcie typu turbiny gazowej tj. SGT600), ppkt 4 i 5 (przez usunięcie typu kompresora tj. 60P2), ppkt 6 (przez usunięcie typu kompresora tj. 60P2 i typu turbiny gazowej tj. SGT600), ppkt 7 (jego zastąpienie zapisem: *„W okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie, prowadził lub prowadzi co najmniej dwie długoterminowe (Long Time Program – LTP), trwające co najmniej 3 lata każda umowy serwisowe obejmujące przeglądy planowane oraz gotowość do usuwania uszkodzeń dla jednego Klienta obejmujące dla każdej z umów co najmniej jeden zespół turbosprężarkowy składający się z kompresora gazu i turbiny gazowej o mocy powyżej 20 MW”*), ppkt 8 tiret czwarty (przez usunięcie zapisu:

stanowisko umożliwiającym wykonanie pełnych testów obciążeniowych turbiny na paliwie gazowym), ppkt 11 (przez usunięcie zapisu).

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów, Odwołujący odwołał się do przedmiotu zamówienia, jakim ma być świadczenie przez wykonawcę szeregu usług serwisowych dla dwóch konkretnych typów urządzeń, tj. turbiny gazowej SGT600 i kompresora 60P2, których producentami są odpowiednio Siemens (turbina) oraz Dresser-Rand (sprężarka), wkrótce także należący do Grupy Siemens. Wszystkich instalacji na świecie typu turbina SGT600-sprężarka 60P2 jest ok. 25-30, z czego 16 należy do Zamawiającego. Opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawarty w sekcji III ogłoszenia jest niezwykle obszerny (obejmuje 11 warunków), szczegółowy i wygórowany. Ponadto ogranicza możliwość złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie do wykonawców wykonujących usługi serwisowe dla urządzeń będących przedmiotem zamówienia, a w kilku przypadkach wręcz wyłącznie do producentów tych urządzeń.

Opis warunku wskazuje na konieczność wykazania się doświadczeniem w przeglądach serwisowych konkretnego typu turbiny, eliminując z zamówienia tych wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w wykonywaniu wskazanych przez Zamawiającego czynności serwisowych na innym typie turbiny, zdolnych do wykonania czynności dla turbiny gazowej SGT600 (ppkt 2, ppkt 3 i ppkt 6). Podobna argumentacja dotyczy wymagania doświadczenia w wykonywaniu czynności serwisowych kompresora 60P2 (ppkt 4, ppkt5 i ppkt 6). Ponieważ podstawa konstrukcyjna wszystkich wyprodukowanych kompresorów o rodzaju działania jak kompresor 60P2 jest taka sama, zawężenie wymogu posiadania doświadczenia przeglądów serwisowych tylko do jednego określonego typu 60P2 jest warunkiem wygórowanym.

Odwołujący zakwestionował jako naruszający uczciwą konkurencję, poprzez preferowanie dotychczasowego wykonawcy serwisu, opis warunku z ppkt 7, w którym Zamawiający wymaga doświadczenia w prowadzeniu dwóch długoterminowych umów serwisowych (Long Time Program – LTP), obejmujących dla każdej z umów co najmniej trzy zespoły turbosprężarkowe składające się z kompresora gazu i turbiny gazowej o mocy powyżej 20 MW. Mając na uwadze rzadką sytuację, kiedy zamawiający dysponuje jednocześnie więcej niż jednym zespołem turbosprężarkowym, oraz stwierdzenie, że nie ma różnicy pomiędzy doświadczeniem w wykonaniu umów serwisowych długoterminowych dla jednego zestawu turbosprężarkowego oraz trzech zestawów, warunek ten preferuje wykonawcę, który do tej pory wykonuje dla Zamawiającego taką umowę serwisową, w dodatku zawartą w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający w ppkt 8 wymaga od wykonawcy, aby ten dysponował centrum serwisowym zlokalizowanym na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EEA), wyposażonym w zaplecze techniczne, umożliwiające co najmniej przeprowadzenie kompletnego demontażu i montażu turbiny gazowej SGT600 oraz części wewnętrznych kompresora 60 P2. Z punktu

widzenia prawidłowego wykonania zamówienia wymóg ten jest w ocenie Odwołującego zbędny, gdyż test przy pełnym obciążeniu może być wykonany na miejscu normalnej pracy turbiny u Zamawiającego, bez konieczności wykorzystywania specjalnego stanowiska u Wykonawcy.

Zamawiający w dniu 30 września 2014 r. zamieścił na stronie internetowej WWW.europolgaz.com.pl, oraz na tablicy ogłoszeń kopię odwołania wraz z wezwaniem potencjalnych wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie przewidzianym ustawą nie wpłynęło do Izby żadne przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Stanowisko Izby

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści odwołania, dokumentów przedłożonych na rozprawie oraz stanowisk stron Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając zakres zarzutów, w których Odwołujący zmierza do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kwalifikacji technicznych, ustalenie iż wymagania Zamawiającego ograniczają dostęp do zamówienia szerszemu gronu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (w tym Odwołującemu) mogła naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz prowadzić do powstania szkody, przez pozbawienie wykonawcy możliwości ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wystarczającym dla wykazania spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy jest wskazanie na obiektywne okoliczności mogące prowadzić do naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Ponadto interes ten należy rozumieć szeroko jako potencjalną możliwość uzyskania zamówienia i potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, iż posiada obiektywną potrzebę ochrony tego interesu, co na etapie postanowień ogłoszenia zostaje wykazane przez wskazanie tych postanowień, które mają ograniczyć Odwołującemu dostęp do zamówienia. Skoro Odwołujący zajmuje się profesjonalnie świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia, okoliczność ta w sposób dostateczny wskazuje na posiadanie

interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Zamawiający oczekiwał aby Odwołujący udowodnił, iż jest zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia, co zdaniem Izby było żądaniem nadmiernym dla wykazania posiadania interesu podlegającego ochronie w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Na etapie kwestionowania treści ogłoszenia, które ograniczają udział wykonawcy w postępowaniu nie jest koniecznym wykazanie możliwości złożenia oferty przez wykonawcę domagającego się złagodzenia warunków udziału w postępowaniu. Skoro kwestionowane są warunki nie można oczekiwać od wykonawcy, aby udowodnił on zdolność do realizacji przedmiotu zamówienia, będącej przedmiotem weryfikacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, do której zmiany (złagodzenia) dąży Odwołujący. Takie oczekiwanie czyniłoby pozornym prawo wykonawcy do ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia, którego wykonania jest gotowy się podjąć w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Mając powyższe na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała zarzuty na posiedzeniu jawnym z uwzględnieniem poczynionych, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaleń faktycznych.

Zarzuty Odwołującego dotyczyły treści ogłoszenia określającej sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kwalifikacji technicznych wymaganych od wykonawców (sekcja 3 pkt III.2.3). Odwołujący kwestionował zapisy w części wskazującej na typ turbiny gazowej (SGT600) oraz typ kompresora (60P2), w serwisowaniu i regeneracji których Zamawiający żądał doświadczenia. Ponadto Odwołujący kwestionował zasadność żądania od wykonawców wykazania się doświadczeniem w prowadzeniu umów długoterminowych obejmujących swym zakresem co najmniej trzy zespoły turbosprężarkowe, chociaż wystarczającym powinno być doświadczenie w obsłudze umów długoterminowych obejmujących po jednym zespole turbosprężarkowym. Dążył do wykreślenia wymagania wyposażenia zaplecza technicznego w stanowisko umożliwiające wykonanie pełnych testów obciążeniowych oraz dysponowania co najmniej jednym kompletnym zapasowym Gas Generatorem turbiny gazowej SGT600. Powyższe stanowiło uzasadnienie dla zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

W oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego złożone w odpowiedzi na odwołanie i dodatkowo uzupełnione ekspertyzą Instytutu Maszyn Przepływowych Politechniki Łódzkiej, sporządzonej na jego zlecenie, Izba ustaliła, iż usługa serwisowa dotyczy zespołu turbosprężarkowego typu SGT600+60P2+system sterowania turbiną UCS na tłocznich gazu stanowiących fragment gazociągu Jamał-Europa Zachodnia. Zamawiający potrzebę weryfikacji wykonawcy pod kątem doświadczenia w obsłudze konkretnego typu urządzeń uzasadniał koniecznością znajomości aspektów technicznych, know-how, stosowaniem

oryginalnych części zamiennych, narzędzi specjalnych, znajomości instrukcji i kodów źródłowych, w celu zapewnienia prawidłowej pracy urządzeń po przeprowadzeniu prac serwisowych. Zamawiający zaprzeczył jakoby na świecie użytkowanych miało być ok. 30 turbin i sprężarek tego typu, gdyż według jego wiedzy zamontowanych i funkcjonujących jest ok. 320 turbin typu SGT600 oraz ok. 180 sprężarek typu 60P2, co potwierdzać miał przedłożony wykaz urządzeń. Odwołujący nie zakwestionował tej okoliczności i zapoznał się z wykazem przedłożonym na rozprawie. Odwołujący nie odniósł się również w żaden sposób do argumentów Zamawiającego związanych z różnicami w serwisowaniu różnych typów urządzeń, dotyczących nie tylko techniki montażu i demontażu, ale przede wszystkim znajomości specyficznych parametrów urządzeń (luzy łożyskowe, sztywność łopatek, sztywność korpusów i parametry łożysk, rodzaje uszczelnień), wpływających na efekt końcowy, tj. prawidłowe wykonanie czynności serwisowych na tego typu urządzeniach.

Zamawiający wskazał na istniejące na terenie Europy zespoły turbosprężarkowe posiadane przez jednego Klienta, przy których możliwe było zdobycie doświadczenia pozwalającego na pozytywną weryfikację zdolności wykonawcy do wykonania usługi na rzecz Zamawiającego, który dysponuje 16 zestawami turbosprężarek dla których świadczona ma być usługa serwisowa. Zamawiający wskazał na harmonogram prac zgodnie, z którym w roku 2015 konieczne będzie przeprowadzenie serwisu trzech zespołów. Zamawiający odnosząc się do zarzutu nadmiernego wymagania dotyczącego zaplecza technicznego oraz konieczności dysponowania co najmniej jednym kompletnym zapasowym Gas Generatorem turbiny gazowej SGT600 wskazał, iż nie jest wymagane od wykonawcy posiadanie własnego zaplecza, czy też urządzenia zapasowego, a zatem dopuszczalne są różne formy zabezpieczenia przez wykonawcę dostępu do infrastruktury technicznej. Ponadto Zamawiający uzasadniał utrzymanie zapisów w niezmienionej formie, rzeczywistą potrzebą wykorzystania tych urządzeń oraz zaplecza w trakcie świadczenia usługi. Odwołujący w żaden sposób nie podważył zasadności argumentów merytorycznych zamawiającego odnoszących się do przedmiotu umowy, a swoją linię obrony opierał na twierdzeniu, iż zapisy preferują dotychczasowego wykonawcę usługi i jednocześnie producenta urządzeń.

Izba oddaliła zarzuty w całości uznając, iż opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych kwalifikacji technicznych jest związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny, a tym samym nie prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Powyższe ustalenie wynikało z uznania, iż Odwołujący nie wykazał słuszności swoich twierdzeń o niedozwolonym zawężeniu kręgu podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie, co wymagałoby wykazania (udowodnienia) iż warunki udziału w postępowaniu wykraczają poza uzasadnioną potrzebę oceny zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych danych, z których możliwe

byłoby ustalenie, iż adekwatnym i wystarczającym dla potwierdzenia koniecznego doświadczenia byłoby dopuszczenie wykonawców, którzy nie wykonywali dotychczas serwisu wskazanego typu urządzeń. Zamawiający bardzo szeroko argumentował potrzebę weryfikacji kwalifikacji technicznych wykonawcy pod kątem znajomości urządzeń eksploatowanych przez Zamawiającego, natomiast Odwołujący ograniczał się do gołosłownych stwierdzeń o wystarczalności znajomości innego typu urządzeń dla wykonania przedmiotu zamówienia, nie odnosząc się do merytorycznej wypowiedzi Zamawiającego, w której odnosił się do specyfiki rozwiązań technicznych. Izba nie dała wiary zapewnieniom Odwołującego, tym bardziej iż w toku rozprawy Odwołujący sugerował w swojej wypowiedzi, iż oczekuje przekazania przez Zamawiającego niezbędnych narzędzi do przeprowadzenia demontażu i montażu urządzeń, co dodatkowo podważało ocenę zdolności tego wykonawcy i jego znajomość praktyczną w obsłudze urządzeń posiadanych przez Zamawiającego. W ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym warunki (opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu) może ograniczać dostęp do zamówienia Odwołującemu, który dotychczas nie pracował na wskazanym typie urządzeń, co jednak samo przez się nie oznacza naruszenia przez Zamawiającego przepisów w zakresie wskazanym przez Odwołującego. Izba przychyliła się do stwierdzenia, iż zamówienia publiczne nie mogą stanowić pola doświadczalnego dla wykonawcy, który chciałby dopiero wykazać się zdolnościami i przygotowaniem do wykonania tego rodzaju usługi, tym bardziej iż przedmiot zamówienia dotyczy wysoko specjalistycznych urządzeń, których obsługa wymaga posiadania wiedzy, znajomości procedur i narzędzi niezbędnych dla zapewnienie niezakłóconej pracy Zamawiającego. Nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż przeprowadzenie serwisu urządzeń odbywać się ma w ruchu przedsiębiorstwa w krótkim okresie, tak aby w jak najmniejszym stopniu ograniczyć ryzyko wystąpienia zakłócenia w eksploatacji gazociągu. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż doświadczenie w obsłudze innego typu urządzeń dostarcza niezbędnej wiedzy do sprawnego serwisu i regeneracji typu urządzeń eksploatowanych u Zamawiającego. Brak stanowiska pozwalającego na ocenę znajomości rozwiązania technicznego właściwego dla danego typu urządzeń prowadzi do wniosku, iż Odwołujący dopiero przy tym zamówieniu miałby możliwość poznania urządzeń eksploatowanych przez Zamawiającego, co nie dawałoby pewności należytego wykonania przedmiotu umowy.

Odnosnie pozostałych zapisów związanych z oceną doświadczenia wykonawcy Izba przyjęła wyjaśnienia Zamawiającego oparte na uzasadnionej potrzebie zweryfikowania doświadczenia wykonawcy w świadczeniu przedmiotowej usługi w realiach istniejących u Zamawiającego. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisu ustawy w żądaniu wykazania się umiejętnością w obsłudze umów długoterminowych obejmujących więcej niż jeden zestaw turbosprężarkowych, gdyż argumentacja Odwołującego w tym zakresie sprowadzała

się wyłącznie do żądania obniżenia tego wymagania bez merytorycznej oceny wypowiedzi Zamawiającego prezentowanej w toku rozprawy, a dotyczącej kwestii związanych z logistyką i organizacją obrotu częściami poddanymi regeneracji. Podobnie Izba oceniła stanowisko Odwołującego dotyczące zabezpieczenia zapasowego urządzenia Gaz Generatora oraz zapewnienie odpowiedniego zaplecza technicznego niezbędnego do przeprowadzenia części prac.

W związku z powyższym, zarzuty naruszenia art. 22 ust. 4, art. 7 ust. 1 ustawy w świetle poczynionych powyżej ustaleń faktycznych nie znalazły potwierdzenia, co prowadziło do oddalenia odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w oparciu o przepisy § 3, § 5 ust. 4 [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 \(Dz. U. Nr 41, poz. 238\)](#). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tyś zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: