

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 15 lutego 2010 r. przez **HYDROBUDOWA Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PGE Energia Odnawialna S.A., 00-876 Warszawa, ul. Ogrodowa 59a** (adres pełnomocnika Marcinkiewicz Czarnohorski i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni, 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 25)

orzeka:

1. Oddala **odwołanie**,

2. Kosztami postępowania obciąża **HYDROBUDOWA Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** 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 uiszczanego przez **HYDROBUDOWA Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135;**
- 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 **HYDROBUDOWA Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135;**

1

3. 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez PGE Zespół Elektrowni Wodnych Dychów S.A (Inwestor Zastępczy) w imieniu zamawiającego – PGE Energia Odnawialna S.A. w trybie negocjacji z ogłoszeniem na wykonanie zadania inwestycyjnego pn. „*modernizację kanału derywacyjnego Elektrowni Wodnej Dychów w km.. 2,5-4,7 i 8,1-12,9 (nr sprawy PGE ZEWDychów S.A.-BKB/01/2010)*”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lutego 2010 r., S 25-035981, wobec treści ogłoszenia, w dniu 15 lutego 2010r. wniesione zostało odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie HYDROBUDOWA Gdańsk SA. (odwołujący). Kopia odwołania przekazana została zamawiającemu faksem w dniu jego wniesienia do Prezesa KIO.

W odwołaniu wykonawca zakwestionował opis sposobu dokonania oceny spełniania

warunku udziału w postępowaniu dotyczącego „zdolności technicznej”, jako naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także zasadę proporcjonalności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu rozumianej, jako adekwatność do przedmiotu zamówienia, tj. art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy PrZamPubl. Odwołujący, jako ograniczający konkurencję w postępowaniu uznał opis dotyczący wykazu robót, który winien zawierać minimum jedno zamówienie w zakresie budowy, modernizacji lub remontu na obiekcie hydrotechnicznym elektrowni systemowej będącej w ciągłej eksploatacji i posiadającej kanał doprowadzający lub odprowadzający wodę o dł. nie mniejszej niż 5 km zabudowany na skarpach odwodnych ekranem betonowym, o wartości wskazanej w ogłoszeniu. W ten sam sposób ocenił warunek dotyczący wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia i wymagania wskazania co najmniej jednej osoby, która w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem złożenia wniosku kierowała realizacją robót na obiekcie hydrotechnicznym elektrowni systemowej będącej w ciągłej eksploatacji i posiadającej kanał doprowadzający lub odprowadzający wodę o dł. nie mniejszej niż 5 km zabudowany na skarpach odwodnych ekranem betonowym o wartości robót wskazanej w ogłoszeniu. Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do dokonania modyfikacji opisu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez zmianę opisu „zdolność techniczna” na wskazaną przez odwołującego w brzmieniu:

- „przedłożą wykaz wykonanych robót (...), zawierający minimum dwa zamówienia o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, o wartości netto każdego (...).

3

Przez roboty o charakterze zbliżonym rozumie się roboty hydrotechniczne na ciekach płynących lub wykonywane na obszarach morskich”, lub w inny zgodny z zasadami PZP, ze szczególnym uwzględnieniem przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy;

- „przedłożą wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia zawierający co najmniej jedną osobę, która w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem złożenia wniosku kierowała realizacją robót o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia (...). Przez roboty o charakterze zbliżonym rozumie się roboty hydrotechniczne na ciekach płynących lub wykonywane na obszarach morskich”, lub w inny zgodny z zasadami PZP, ze szczególnym uwzględnieniem przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy.

Zamieszczenie opisu dotyczącego oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej „zdolności technicznej”, zdaniem odwołującego, doprowadziło do zawężenie kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu, wykluczając wykonawców posiadających doświadczenie w realizacji robót podobnych oraz dysponujących w tym osobami. doświadczonego zakresie Zdaniem odwołującego adekwatnym w stosunku do zakresu przedmiotowego zamówienia byłoby wymaganie doświadczenia w realizacji robót hydrotechnicznych na obiektach inżynierii wodnej wykonywanych w warunkach stałego ruchu wód, tj. zgodnie z załącznikiem do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane – Kategorie obiektów budowlanych opisane w kategoriach XXI, XXVII. Za nieuzasadnione z punktu widzenia zakresu przedmiotu zamówienia, odwołujący uznał wskazanie w opisie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu na obiekt hydrotechniczny rozumiany, jako elektrownia wodna, bowiem żadne z robót nie będą wykonywane na obiekcie elektrowni. Za obiekt hydrotechniczny, w wykonaniu którego wykonawcy winni mieć doświadczenie, odwołujący uznał kanał doprowadzający lub odprowadzający wodę. Ponieważ zamawiający powiązał warunek posiadania doświadczenia w realizacji robót na kanale derywacyjnym doprowadzającym wodę do elektrowni, zdaniem odwołującego uzasadnione byłoby, aby wykonawcy mieli doświadczenie w realizacji robót w warunkach na ciekach płynących lub obszarach morskich, na których występuje falowanie wód oraz zmienny ich poziom, tj. na ciekach płynących, zbiornikach lub obszarach morskich.

Opis zamieszczony przez zamawiającego wskazuje jedynie na możliwość ubiegania się o zamówienie przez wykonawców posiadających doświadczenie w wykonywaniu robót wyłącznie na wskazanym w ramach warunku obiekcie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zapisy ogłoszenia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w pismach oraz podczas rozprawy, Izba

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu 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), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania, o co wnosił zamawiający wskazując na zakres pełnomocnictwa z dnia 12 lutego 2010 r. udzielonego dla osoby, która podpisała odwołanie. Pełnomocnik zamawiającego wnioskował z treści pełnomocnictwa, w którym zawarto umocowanie do „podpisania odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie”, iż nie obejmowało ono upoważnienia do złożenia odwołania. Izba uznała, iż samo podpisanie odwołania bez jego wniesienia do organu wskazanego w treści pełnomocnictwa, nie wypełniałoby w całości woli mocodawcy, tj. złożenia oświadczenia w imieniu wykonawcy. W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Odwołujący zakwestionował opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących „zdolności technicznej” (pkt III.2.3 ogłoszenia), w zakresie w jakim zamawiający określił rodzaj obiektu hydrotechnicznego, na jakim wymagał posiadania doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednej roboty, a także osoby, która kierowałaby realizacją robót na takim obiekcie. Zamawiający wskazał na obiekt hydrotechniczny „elektrowni systemowej będącej w ciągłej eksploatacji i posiadającej kanał doprowadzający lub odprowadzający wodę o długości nie mniejszej niż 5 km zabudowany na skarpach odwodnych ekranem betonowym”. Odwołujący żądał zastąpienia takiego opisu obiektu wskazaniem na „roboty hydrotechniczne na ciekach płynących lub wykonywane na obszarach morskich”

Izba uznała, iż wskazanie na rodzaj obiektu hydrotechnicznego odpowiadającego rodzajowo obiektowi, którego dotyczy przedmiotowe zamówienie, co do zasady nie narusza dyspozycji przepisu art. 22 ust. 4 ustawy PrZamPubl. Jest on związany z przedmiotem zamówienia, który dotyczy kanału derywacyjnego Elektrowni Wodnej Dychów, jak również w sposób proporcjonalny wskazuje na wymaganą długość zabudowy, w stosunku do długości kanału derywacyjnego, na jakim mają być prowadzone prace modernizacyjne (wynoszącej ponad 20 km). Przedmiot zamówienia determinuje sposób opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zatem, jego charakter i zakres ma decydujące znaczenie dla ustalenia, czy zamawiający dokonał opisu w sposób sprzeczny z art. 22 ust. 4 ustawy PrZamPubl. W przedmiotowym zamówieniu, nie tylko zakres prac ma znaczenie, ale także charakter obiektu, na którym będą one prowadzone. Izba przyjęła w tym zakresie wyjaśnienia

zamawiającego, który wskazywał na konieczność utrzymania odpowiedniej jakości wody produkcyjnej, dostarczanej kanałem do elektrowni wodnej, co warunkuje ciągłą i bezawaryjną pracę Elektrowni Wodnej Dychów. Wskazuje to na konieczność prowadzenia prac modernizacyjnych w taki sposób, aby zapewnić ciągłą dyspozycję mocy elektrowni wodnej. Zatem, jako niewystarczające dla możliwości oceny zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia, Izba uznała wykazanie się jedynie doświadczeniem w wykonaniu prac odpowiadających pracom, jakie mają być prowadzone w kanale derywacyjnym i polegających na naprawie okładzin skarp, naprawie zjazdów do kanału oraz wykonanie nowego drenażu odciążającego. Wykonawca winien wykazać się doświadczeniem w wykonaniu prac podwodnych w sposób zapewniający utrzymanie prawidłowej pracy obiektu, uzależnionej od warunków hydrotechnicznych. Takim doświadczeniem legitymuje się zapewne węższe grono podmiotów specjalizujących się w pracach podwodnych, co jednak nie jest wystarczające dla stwierdzenia ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu konieczne jest nie tylko wykonanie prac podwodnych, których poziomi skomplikowania nie musi być najwyższy, ale przede wszystkim zapewnienie

prawidłowej i nieprzerwanej pracy elektrowni. Odwołujący powoływał się na własne doświadczenie w wykonaniu prac podwodnych prowadzonych na wodach płynących, jak również w portach morskich, jednak nie wykazał, iż prace te wymagały zapewnienia odpowiedniej jakości wody, czy też poziomu jej spiętrzenia. Izba uznała, iż odwołujący nie wykazał, iż doświadczenie jedynie w wykonaniu prac podwodnych jest wystarczające dla potwierdzenia zdolności do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Zmiana treści ogłoszenia na taką, o jaką wносił odwołujący uniemożliwiłoby zamawiającemu zapewnienie wyboru wykonawcy gwarantującego wykonanie prac w sposób odpowiadający uzasadnionym potrzebom zamawiającego. Sama okoliczność, iż odwołujący nie będzie w stanie wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie jest wystarczająca dla stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji.

6

W związku z powyższym odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

7