

**WYROK**

**z dnia 15 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2011 r. przez wykonawcę DB Schenker Rail Polska Spółkę Akcyjną w Zabrze w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną w Jastrzębiu – Zdroju

przy udziale wykonawcy Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych ENERGOPOL – WSK Spółki Akcyjnej w Kozięglowach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Jastrzębskiej Spółce Węglowej Spółce Akcyjnej w Jastrzębiu – Zdroju unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec Wielozakładowego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Remontowych ENERGOPOL – WSK Spółki Akcyjnej w Kozięglowach;

2. kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną w Jastrzębiu – Zdroju i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez DB Schenker Rail Polska Spółkę Akcyjną w Zabrze tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej w Jastrzębiu – Zdroju na rzecz DB Schenker Rail Polska Spółki Akcyjnej w Zabrze kwotę 18 848 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset czterdzieści osiem złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Gliwicach.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu Zdroju - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór i zwałowanie odpadów wydobywczych na terenie Centralnego Składowiska Odpadów Górniczych w Knurowie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 sierpnia 2011r., pod numerem 2011/S 165- 273156.

24 listopada 2011 r. zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania.

DB Schenker Rail Polska S.A. w Zabrze zachowując termin ustawowy oraz obowiązek wskazany w art. 180 ust. 5 Pzp wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty i zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty Wielozakładowego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL-WSK” S.A. w Koziegłowach oraz wobec zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Wskazując na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 Pzp wniósł o uwzględnienie zarzutów odwołania i unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia z postępowania Wielozakładowego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL-WSK” S.A., odrzucenia oferty tego wykonawcy. ewentualnie o unieważnienie postępowania, nadto o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący powołał czynności zamawiającego dokonane dotychczas w postępowaniu oraz zarzucił, że zamawiający podczas procedury zmienił interpretację postanowienia IX.B.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej również jako: „specyfikacja”). Wywiódł, że nie można uznać, aby spełnieniem warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia było zawarcie przez Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL-WSK” S.A. umowy dotyczącej zamówienia obejmującego 7.056.000,00 ton dla KWK „Borynia-Zofiówka” Ruch Borynia w Jastrzębiu Zdroju 8 lipca 2011 r. i nadal obowiązującej. Zarzucił, że samo zawarcie umowy nie jest potwierdzeniem posiadania doświadczenia w wymaganym zakresie 2.000.000 ton, skoro do terminu składania ofert zostało zrealizowane niewiele ponad 300.000,00 ton zamówienia.

Wykonawca Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL-WSK” S.A. w Koziegłowach z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W punkcie IX.A.2) specyfikacji zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. Opis sposobu oceny spełniania warunku został skonkretyzowany w punkcie IX.B.1) specyfikacji przez wymaganie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, polegających na wykonaniu (wykonywaniu) co najmniej jednego zamówienia związanego z odbiorem, transportem i zwałowaniem odpadów wydobywczych i (lub) mas skalnych i (lub) kruszyw, w ilości nie mniejszej niż 2.000.000,00 ton w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. W pkt X.2 specyfikacji zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych usług oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie (dowód: specyfikacja w aktach sprawy).

Przystępujący złożył wykaz zawierający usługi wykonywane na rzecz:

1. Kopalni Węgla Kamiennego „Ziemowit” w Łędzinach/Kompania Węglowa S.A., na podstawie umowy zawartej 2 stycznia 2008 roku dotyczącej masy w ilości 1.059.781,19 ton;
2. Kopalni Węgla Kamiennego Knurów-Szczygłowice w Knurowie/ Kompania Węglowa S.A na podstawie umowy zawartej 1 stycznia 2009 roku dotyczącej masy 800.000 ton;
3. Kopalni Węgla Kamiennego „Borynia-Zofiówka” w Jastrzębiu Zdroju/Jastrzębska Spółka Węglowa na podstawie umowy zawartej 8 lipca 2011r. dotyczącej masy 7.056.000,00 ton.

Dokument referencji dotyczący ostatniej z wymienionych usług wskazuje, że na dzień 30 września 2011r. został zrealizowany przedmiot umowy w ilości 311.568,95 Mg mas skalnych i kruszyw (dowód: dokumenty w ofercie przystępującego w aktach sprawy).

W toku postępowania pismem z 26 października 2011 r. zamawiający wezwał przystępującego, CTL Maczki - Bór S.A. oraz Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowo-Uslugowe „EKO-TRANS” Grażyna Orłowska, Henryk Orłowski Spółka Jawna do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, m.in. w odniesieniu do warunków określonych w punkcie IX.A.2) w zw. z pkt IX.B.1). W wezwaniu skierowanym do przystępującego zamawiający wskazał, że usługa zrealizowana na rzecz KWK „Borynia - Zofiówka” nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwagi na wynikającą z treści referencji masę przewożonych mas skalnych i kruszyw, która nie odpowiada wymaganym 2.000.000 ton.

Dwaj wezwani wykonawcy uzupełnili dokumenty zgodnie z wezwaniem. Przystępujący natomiast pismem z 3 listopada 2011r. wniósł odwołanie, w którym wskazywał, że usługa realizowana dla KWK „Borynia – Zofiówka” odpowiada wymaganiam zamawiającego, gdyż w pkt IX.B.1) zamawiający dopuścił również usługi będące w trakcie realizacji.

Postanowieniem z 15 listopada 2011r. Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp (KIO 2411/11).

Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę przystępującego. W informacji o wyborze wskazał, że podzielił stanowisko zawarte w odwołaniu wniesionym przez przystępującego (dowody: wymienione pisma i orzeczenie w aktach sprawy).

Na rozprawie zamawiający oświadczył, że uznał spełnianie przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu sumując ilości mas ze wszystkich trzech usług. Oceniał, że literalna treść postanowienia dopuszcza taką możliwość, a inna interpretacja byłaby zawężająca w stosunku do wykładni literalnej oraz niekorzystna dla wykonawców.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, po uznanej za najkorzystniejszą ofercie przystępującego, spełnił materialno prawne przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie okazało się zasadne.

Izba podzieliła pogląd odwołującego. Wymaganie zamawiającego ustalone w pkt IX.B.1 specyfikacji zostało sformułowane w sposób jednoznaczny. Warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie wykazany przez wykonawcę, który wykona przynajmniej jedną usługę polegającą na odbiorze, transporcie i zwałowaniu, jej przedmiotem mają być odpady wydobywcze lub masy skalnych lub kruszywa w ilości nie mniejszej niż 2.000.000 ton.

Usługa odpowiadająca wymaganiam opisanym w pkt IX.B.1) musi przywołane wymagania spełniać łącznie.

Izba, wbrew twierdzeniom zamawiającego, nie dopatrzyła się w treści interpretowanego postanowienia możliwości sumowania przewożonych mas w ramach trzech umów wykonywanych przez przystępującego.

Art. 22 ust. 4 Pzp stanowi, że warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne i związane z przedmiotem zamówienia. Przywołany przepis nie tylko stanowi postulat adresowany do zamawiającego dotyczący kształtowania postanowień ogłoszeń o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale też tworzy dyrektywę interpretacyjną pomocną przy wykładni wymagań zamawiającego.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że przedmiot zamówienia dotyczy odbioru, transportu i zwałowania mas o ciężarze ok. 10.000.000 ton. W świetle takiego rozmiaru przedmiotu zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie pogląd zamawiającego, że obojętne jest, czy wymagane doświadczenie wykonawca uzyska na podstawie należytego wykonania jednej umowy dotyczącej masy 2.000.000 ton, czy też 10 umów mniejszych. Niezależnie od jasnych postanowień specyfikacji, znaczny rozmiar przedmiotu zamówienia uzasadnia posiadanie doświadczenia w odbiorze, transporcie i zwałowaniu co najmniej 2.000.000 ton mas skalnych lub kruszyw lub odpadów górniczych. Zamawiający nie poparł swojej tezy żadną bliższą argumentacją.

Izba nie podzieliła też poglądu prezentowanego na wcześniejszym etapie postępowania oraz na rozprawie przez przystępującego, iż postanowienie pkt IX.B.1 specyfikacji dopuszcza możliwość wskazania umowy, która dotyczy masy 2.000.000 ton i jest w trakcie realizacji.

Możliwość wynikająca z § 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) powołania umów będących w trakcie realizacji – umów wykonywanych - odnosi się do świadczeń o charakterze okresowym lub ciągłym i ma na celu umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy posiadają rzeczywistą wiedzę i doświadczenie na wymaganym poziomie. Ustawodawca przyjął, że w przypadku gdy świadczenie wykonawcy nie ma charakteru jednorazowego, sam fakt zakończenia wykonania umowy nie ma znaczenia dla potencjału wykonawcy.

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w badanym postępowaniu, mogą zatem powołać wykonywane umowy, o ile ich przedmiot odpowiada wymaganiom zamawiającego i do dnia składania ofert został zrealizowany w wymaganym rozmiarze 2.000.000 ton.

Przeciwnie rozumienie warunku ustalonego w pkt IX.B.1 specyfikacji prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, gdyż warunki stawiane wykonawcom powołującym umowy już wykonane byłyby surowsze, niż w stosunku do wykonawców wskazujących usługi będące w trakcie realizacji. Dla oceny doświadczenia wykonawcy nie ma

znaczenia sam fakt zawarcia umowy odpowiadającej wymaganiom zamawiającego, lecz fakt wykonania takiej umowy z należytą starannością.

Nie budzi wątpliwości Izby, że żadna z usług wskazanych przez przystępującego nie odpowiada wymaganiom zamawiającego. Zamawiający dokonując wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp działał zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Natomiast dokonany wybór oferty przystępującego nie odpowiada prawu, dotyczy bowiem oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Ustalając warunki udziału w postępowaniu zamawiający, na potrzeby danego postępowania, kształtuje swoiste domniemanie, że jedynie wykonawca posiadający doświadczenie na co najmniej poziomie opisanym w specyfikacji wykona zamówienie z należytą starannością. Treść specyfikacji wiąże na równych prawach zamawiającego i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co umożliwia zachowanie zasad uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców.

W toku badania i oceny ofert zamawiający, dla obrony oferty przystępującego, dwukrotnie zmieniał stanowisko co do wykładni postanowienia IX.B.1 specyfikacji. Tymczasem ocena, spodziewanej konkurencji w postępowaniu, kręgu wykonawców zainteresowanych zamówieniem oraz adekwatne kształtowanie postanowień specyfikacji może nastąpić wyłącznie przed upływem terminu składania ofert.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp znalazł potwierdzenie. Zmiana interpretacji warunku udziału w postępowaniu stanowi o naruszeniu również art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Pozostałe zarzuty stanowią konsekwencję zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przy czym oferta wykonawcy wykluczonego jest odrzucona *ex lege* z mocy art. 24 ust. 4 Pzp, i w przetargu nieograniczonym nie podlega odrębnej czynności odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5, a ni tym bardziej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając jednolite stanowisko orzecznictwa oraz poglądy doktryny co do interpretacji art. 26 ust. 3 Pzp, Izba będąc związana wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniem odwołania uznała, że zamawiający przed wykluczeniem przystępującego powinien dokonać czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, od której bezpodstawnie odstąpił.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego, koszt opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz koszt dojazdu na posiedzenie na podstawie przedłożonych rachunków.

**Przewodniczący:**

.....