

WYROK

z dnia 6 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o., ul. Sienna 64, 00-825 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Elektrownię Ostrołęka S.A. ul. Elektryczna 5, 07-410 Ostrołęka,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu, poprzez usunięcie z treści pkt. III.2.3) ppkt. 1.1 oraz ppkt. 1.2 wyrażenia „wybudowanego na obszarze państw objętych Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA)”, odnoszącego się zarówno opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim personelem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak również obejmującego swym zakresem dokumenty potwierdzające spełnienie ww. warunków udziału w postępowaniu.

2. kosztami postępowania obciąża **Elektrownię Ostrołęka S.A. ul. Elektryczna 5, 07-410 Ostrołęka** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o., ul. Sienna 64, 00-825 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Elektrownię Ostrołęka S.A. ul. Elektryczna 5, 07-410 Ostrołęka** na rzecz **Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o., ul. Sienna 64, 00-825 Warszawa** 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 **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Elektrownia Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, 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.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji p.n. „Budowa Elektrowni Ostrołęka o mocy ok. 1000 MW”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 sierpnia 2011 r. pod numerem: 2011/S 155-258562 (Dz.U./S S155, 13/08/2011, 258562-2011-PL).

W dniu 23 sierpnia 2011 r. Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o. ul. Sienna 64, 00 - 825 Warszawa (dalej: „Parsons Brinckerhoff” lub „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec dokonanego przez zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zawartego w Sekcji III.2.3 ppkt 1.1) oraz ppkt 1.2) ogłoszenia o zamówieniu. Opisaney czynności zamawiającego zarzuczał:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który nie zapewnia zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy poprzez określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz nie proporcjonalny z przedmiotem zamówienia;
3. naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy w związku z § 1 ust. 1 pkt. 3 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzeniem o dokumentach” poprzez żądanie wykazu wykonanych usług oraz wykazu osób w zakresie szerszym niż niezbędny do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany treści opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zawartego w Sekcji III.2.3 ppkt 1.1) oraz ppkt 1.2) ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie w obu tych podpunktach słów: „wybudowanego na obszarze państw objętych Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA)”, zwanego dalej: „Porozumieniem GPA”;
2. zmiany w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, uwzględniającej żądanie określone w punkcie 1).

W treści uzasadnienia odwołujący podnosił, że wskazany w Sekcji III.2.3) ppkt 1.1) i 1.2) ogłoszenia o zamówieniu, sposób opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest niezgodny z przepisami ustawy, ponieważ uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom, które - jak odwołujący - spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ustawy. Tym samym działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ustawy.

Podkreślał, że wymóg, aby wykonawcy posiadali odpowiednie, określone w Sekcji III.2.3) ppkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu, doświadczenie z ograniczeniem tego doświadczenia wyłącznie do bloków wybudowanych na obszarze państw objętych Porozumieniem GPA jest nadmierny i w żaden sposób nie uzasadniony merytorycznie.

Podobnie w przypadku wymogu określonego w Sekcji III.2.3) ppkt. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, dotyczącego doświadczenia osób mających uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Również w tym przypadku, zdaniem odwołującego, nie ma żadnych racjonalnych przesłanek, by wymagane doświadczenie tych osób „przy realizacji co najmniej jednego projektu inwestycyjnego polegającego na budowie bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy co najmniej 400 MWe w elektrowni węglowej, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat', miało zostać zdobyte wyłącznie w odniesieniu do bloków wybudowanych na obszarze państw objętych Porozumieniem GPA.

Odwołujący zwracał uwagę, że nie można rozgraniczać specyfiki budowy bloków w elektrowniach węglowych zlokalizowanych na obszarze państw objętych Porozumieniem GPA od specyfiki budowy takich bloków w elektrowniach zlokalizowanych poza obszarem państw objętych Porozumieniem GPA. Jeżeli istnieją jakiegokolwiek różnice technologiczne czy proceduralne związane czy to z budową takich obiektów, czy to z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu dla takich inwestycji, to z całą pewnością nie są one determinowane przynależnością do tzw. obszaru GPA. Porozumienie GPA w żaden sposób nie dotyczy ani samej technologii budowania bloków energetycznych w elektrowniach węglowych, ani też

uwarunkowań proceduralnych związanych z tym procesem szeroko pojętym, obejmującym również pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu. Z tego względu Porozumienie GPA w żaden sposób nie wpływa ani na zakres czynności, ani też na sposób pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, czyli czynności, które obejmuje przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący wskazywał, że jeżeli mówić o jakichkolwiek różnicach w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu dla inwestycji związanych, ogólnie rzecz biorąc, z budową elektrowni węglowych, czy też z budową bloków energetycznych o określonych parametrach w elektrowni węglowej, to różnice takie dotyczyć mogą przede wszystkim cech specyficznych wynikających z lokalnego prawa, w tym w szczególności prawa budowlanego, które to prawo nie jest zunifikowane w ramach Porozumienia GPA.

Odwołujący wyjaśniał, że jedynym celem Porozumienia GPA jest zapewnienie równego dostępu do rynku zamówień publicznych w tych krajach. Porozumienie GPA przy tym nie powoduje nawet ujednoczenia przepisów dotyczących zamówień publicznych, a co dopiero przepisów prawa budowlanego, czy administracyjnego, związanych w jakikolwiek sposób z budową elektrowni węglowych, bądź pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu. Nie może być więc mowy o tym, że przynależność do Porozumienia GPA prowadzi do jakichkolwiek podobieństw procesów związanych z przeprowadzeniem procesu inwestycyjnego dotyczącego budowy elektrowni węglowej (podobnie zresztą jak i innych procesów inwestycyjnych). Co więcej - z całą pewnością pomiędzy poszczególnymi krajami wchodzącymi w skład Porozumienia GPA (np. Niemcy i Tajwan) istnieją w tym zakresie o wiele większe różnice prawne czy instytucjonalne niż pomiędzy np. Stanami Zjednoczonymi czy Kanadą (członkowie Porozumienia GPA) a Australią (poza GPA).

W związku z powyższym w opinii odwołującego sama przynależność danych państw do Porozumienia GPA nie powoduje, że jakiegokolwiek inwestycje realizowane w tych krajach można sprowadzić do „wspólnego mianownika” - czy to technologicznego, czy proceduralnego. Tym bardziej nie można mówić o tym, że pomiędzy inwestycjami realizowanymi na terenie państw należących do Porozumienia GPA, a inwestycjami poza tym obszarem z założenia występują jakieś różnice. Te bowiem, jeżeli w występują, wynikają z czynników nie mających żadnego związku z Porozumieniem GPA.

Odwołujący podnosił, że w krajach należących do Porozumienia GPA nie ma żadnych specyficznych standardów technicznych ani kontraktowych. Wskazywał przykładowo, że w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem, w Stanach Zjednoczonych stosuje się standard amerykański, zaś w Wielkiej Brytanii standard MF1, opracowany przez Institution of Mechanical Engineering (podobny do FIDIC). Oba te standardy w znaczący sposób od siebie odbiegają. Podobnie - w większości przypadków krajów pozaeuropejskich (a więc krajów poza Porozumieniem GPA), w tym na Bliskim Wschodzie, stosuje się standard kontraktów typu FIDIC, tak samo jak w Polsce (członek

GPA). Porozumienie GPA nie ma w tej materii żadnego zastosowania. Podobnie sytuacja ma miejsce jeżeli chodzi o standardy techniczne. Są one do siebie podobne w różnych krajach (bez względu na to, czy w ramach GPA, czy poza GPA), natomiast specyficzne cechy tych standardów wynikają z lokalnego prawa, w tym prawa budowlanego, pozostającego poza regulacjami GPA. Odwołujący wyjaśniał, że z tych przyczyn, fakt zrealizowania zamówienia związanego z budową elektrowni węglowej (czy też pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla takiej inwestycji) na terenie kraju będącego członkiem Porozumienia GPA nie ma sam w sobie żadnej „wartości dodanej” względem realizacji takiego samego zamówienia na obszarze kraju nie należącego do Porozumienia GPA.

W dniu 23 sierpnia 2011 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

W dniu 5 września 2011 r. zamawiający w formie pisemnej odpowiedział na odwołanie w treści którego wskazał, że podtrzymuje decyzję o umieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu zakwestionowanych przez odwołującego zapisów. W związku z powyższym wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W uzasadnieniu pisma podnosił, że Inżynier Kontrakt ma być głównym podmiotem doradczym oraz przedstawicielem zamawiającego odpowiedzialnym za prawidłowe przeprowadzenie całego procesu inwestycyjnego. Wskazywał, że punktem granicznym rozdzielającym proces inwestycyjny na dwa zasadnicze etapy, a co za tym idzie dwie zasadnicze sfery obowiązków Inżyniera Kontraktu, jest zawarcie kontraktu na realizację inwestycji. Inżynier Kontraktu odpowiedzialny będzie w pierwszym etapie za: doradztwo w zakresie prawidłowego przygotowania inwestycji i zgodnego z prawem zamówień publicznych wyboru jej wykonawcy oraz w drugim etapie sprawowanie w imieniu zamawiającego kontroli nad prawidłowym przebiegiem inwestycji.

W ocenie zamawiającego nie jest właściwe stanowisko, wynikające z treści odwołania, że rola Inżyniera Kontraktu ograniczona jest jedynie do funkcji technicznych. Niezwykle istotna dla zamawiającego jest rola Inżyniera Kontraktu w procesie wyboru realizatora budowy nowego bloku energetycznego. Podnosił, że dane odnośnie zakresu obowiązków Inżyniera Kontraktu znajdują odzwierciedlenie w sekcji II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu.

Podkreślał, że zakres obowiązków wykonawcy potwierdza także Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia („siwz”), która w trybie przetargu ograniczonego będzie udostępniana tylko wykonawcom dopuszczonym do udziału w przetargu. W siwz zamawiający opisał szczegółowo zadania Inżyniera Kontraktu, do których należy m.in.:

Etap I - okres przygotowania Inwestycji liczony od daty zawarcia Umowy przez Strony do daty zawarcia przez Zamawiającego Kontraktu z realizatorem, w ramach tego etapu Inżynier

Kontraktu jest m.in. zobowiązany do uczestniczenia w procedurze wyboru Realizatora budowy nowego bloku, prowadzenia negocjacji z wykonawcami w ramach trybu negocjacje z ogłoszeniem oraz udział w opracowaniu siwz będącej podstawą do złożenia ofert, a także udział w ewaluacji złożonych ofert.

Etap II - okres realizacji Inwestycji, w tym m.in. administrowanie Kontraktem na budowę Bloku polegające na kierowaniu całością Inwestycji, koordynowaniu oraz nadzorowaniu całości Inwestycji, co wiąże się z uczestnictwem we wszystkich działaniach dotyczących zarządzania procesem budowy Bloku, oraz jego nadzorowania w fazie realizacji, kontrola realizacji Programu Zapewnienia i Kontroli Jakości dla budowy Bloku przez realizatora, przeprowadzenie wszystkich czynności związanych z oceną inżynierską rozwiązań technicznych budowy Bloku oraz z możliwością i kompletnością wykonania, powołanie grupy branżowych Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego oraz sprawowanie nadzoru z zachowaniem podwyższonej staranności nad realizacją budowy Bloku przez realizatora zgodnie z warunkami decyzji o pozwoleniu na budowę i wymogami Ustawy - Prawo budowlane oraz zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami prawa i normami technicznymi; pracami grupy Inspektorów Nadzoru kierować powinien wykonawca

Etap III- okres po zakończeniu realizacji Inwestycji, tj. okres gwarancji jakości i rękojmi udzielony przez realizatora na wybudowany Blok plus jeden miesiąc na zakończenie wszystkich prac wynikających z Umowy.

Z powyższego zamawiający wywodził, że wykonawca usługi Inżyniera Kontraktu ma być w pierwszej kolejności odpowiedzialny za doradztwo przy przeprowadzeniu procedury udzielania zamówienia publicznego (procedury wyboru wykonawcy inwestycji). Wobec tego zamawiający oczekuje, by Inżynier Kontraktu posiadał doświadczenie możliwie najbardziej odpowiadające realiom, w których procedura udzielania zamówienia publicznego będzie prowadzona. Z punktu widzenia zamawiającego, najkorzystniejszym byłby warunek który należałoby postawić wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia w postaci posiadania przez wykonawcę doświadczenia w prowadzeniu procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z prawem polskim. Zamawiający stał na stanowisku, że warunek taki byłby związany z przedmiotem zamówienia, byłby do przedmiotu zamówienia proporcjonalny i nie stanowiłby naruszenia uczciwej konkurencji. Jednak takie podejście prowadziłoby do faktycznego ograniczenia liczby wykonawców, które mogłyby ubiegać się o udzielenie zamówienia. W ocenie zamawiającego wynika to jednak nie z dyskryminacyjnego charakteru warunku ale z niewielkiej liczby zrealizowanych w Polsce inwestycji polegających na budowie bloków energetycznych o mocy 400 MWe, przy których świadczona była usługa Inżyniera Kontraktu. Zamawiający wskazywał, że był zainteresowany, aby w postępowaniu uczestniczyła duża liczba wykonawców właśnie ze względu na większą konkurencyjność takiego postępowania. Z uwagi na przedstawione wyżej okoliczności (tj. niewielką liczbę krajowych

inwestycji), zamawiający musiał zatem szukać kompromisu pomiędzy złagodzeniem warunków dotyczących doświadczenia (poprzez poszerzenie zakresu terytorialnego dla lokalizacji zadań referencyjnych), a takim ich ukształtowaniem, by wykonawcy spełniający warunki posiadali doświadczenie choćby w minimalnym stopniu odpowiadające realiom, w którym będą następnie wykonywali zamówienie. Wyjaśniał, że procedury udzielania zamówień publicznych w Polsce podlegają postanowieniom GPA, które w znacznym stopniu wpłynęło na ukształtowanie takich procedur w prawie Unii Europejskiej. Zatem za rozwiązanie spełniające uzasadnione oczekiwania zamawiającego zostało uznane ukształtowanie warunku co do doświadczenia wykonawców, tak jak określono w ogłoszeniu, a więc wymagające od wykonawców co najmniej doświadczenia w obsłudze realizacji inwestycji według nadrzędnych regulacji, którym odpowiada prawo polskie, tj. według standardów zawartych w GPA. Podnosił, że regulacje GPA stworzyły w państwach będących jego stronami w znacznym stopniu ujednoczony system procedowania w sprawie zamówień publicznych. Zdaniem zamawiającego podmiot posiadający doświadczenie, zdobyte w związku z udzielaniem zamówień publicznych na terytorium państw-stron GPA, daje wyższą rękojmię znajomości i prawidłowego stosowania powyższych regulacji. Skoro zaś polskie przepisy dotyczące udzielania zamówień są zbieżne z przytoczonymi rozwiązaniami, to doświadczony w powyższym zakresie wykonawca daje wyższą rękojmię - niż wykonawca nie posiadający doświadczenia zdobytego w tych państwach - prowadzenia postępowania zgodnie z obowiązującym prawem. Można bowiem oczekiwać, że wykonawca spełniający warunek określony w ogłoszeniu będzie, już jako Inżynier Kontraktu, trafniej wskazywał na działania lub zaniechania zamawiającego, które mogą zostać uznane za naruszające obowiązujące prawo, oraz że znane mu będą (co najmniej generalne) rozwiązania odnośnie do dokumentacji postępowań, sposobów wyznaczania kryteriów oceny ofert, transparentności i uczciwości postępowań oraz innych wynikających z GPA i praw zgodnych z GPA. Ponadto zamawiający wyjaśniał, że warunek doświadczenia zdobytego w kraju GPA nie jest obojętny z technicznego punktu widzenia. Doświadczenie wykonawcy zdobyte w „krajach GPA” jest oczywiście przede wszystkim istotne z punktu widzenia prawidłowego i sprawnego przeprowadzenia podstawowego etapu procesu inwestycyjnego, tj. etapu udzielenia zamówienia - wyboru realizatora inwestycji. Nie bez znaczenia jest fakt, że państwa-strony GPA zaliczane są co do zasady do państw wysoko rozwiniętych o wysokiej kulturze technologicznej. Ma to niebagatelne znaczenie w drugiej fazie działania Inżyniera Kontraktu, tj. w fazie budowy bloku. Fakt, że Inżynier Kontraktu uczestniczył w budowie bloku energetycznego na terenie państwa objętego porozumieniem GPA daje zamawiającemu pewność, że zespół Inżyniera Kontraktu składa się z osób zaznajomionych i stosujących najnowsze dostępne technologie. Zabezpiecza to interesy zamawiającego przed podmiotami nie dającymi rękojmi należytego wykonania zamówienia, np. takimi, które świadczyły usługi Inżyniera Kontraktu w krajach o

zdecydowanie niższym poziomie technicznym, gdzie nie jest np. wymagane stosowanie skomplikowanych procedur kontroli jakości na każdym etapie realizacji inwestycji. Zamawiający nie może zatem uznać za wystarczające doświadczenie nabyte przez Inżyniera Kontraktu gdziekolwiek na świecie, gdyż nie daje to zamawiającemu wystarczająco uzasadnionej gwarancji, że usługa objęta przedmiotem zamówienia będzie wykonywana w sposób należyty. Zamawiający ma prawo oczekiwać doświadczenia odpowiadającego co najmniej realiom regionu gospodarczego, w którym realizowana będzie inwestycja i postawiony w ogłoszeniu warunek - uzasadniony głównie aspektem formalno-prawnym - czyni temu w opinii zamawiającego zadość.

Kolejno zamawiający odniósł się do zarzutu naruszenia art. 7 Pzp wskazując na jego bezzasadność, ponieważ określenie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji ani zasady równego traktowania wykonawców. Określone przez zamawiającego warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia nie naruszają zasad uczciwej konkurencji. Podnosił, że skoro ustawa dopuszcza określenie jako warunku ubiegania się o udzielenie zamówienia wykazanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę, to zamawiający - zachowując zasadę proporcjonalności do przedmiotu zamówienia - może wskazać poziom doświadczenia, który zapewni gwarancję należytego wykonania danego zamówienia (albo co najmniej da możliwie dużą pewność, że zamówienie zostanie wykonane należycie). Zdaniem zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający ukształtował warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia w sposób sprzyjający konkurencyjności w stosunku do poziomu, którego mógłby zgodnie z prawem wymagać.

Na końcu pisma zamawiający zawarł polemikę w kwestii zasadności zarzut naruszenia przepisów art. 25 ust. 1 ustawy w związku z § 1 pkt. 3 i 6 rozporządzenia o dokumentach. Wyjaśniał, że niezrozumiałe jest, dlaczego odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisów ww. rozporządzenia, ponieważ zamawiający nie żąda żadnych dodatkowych dokumentów niż te, które są wskazane w niniejszym rozporządzeniu. Ponadto nadmienił, że zamawiający jako zamawiający sektorowy, na podstawie art. 138c ust. 2 ustawy nie jest związany podstawowym katalogiem dokumentów i oprócz lub w zastępstwie dokumentów określonych w powyższym rozporządzeniu, może żądać złożenia w ofercie innych dokumentów. Stanowisko takie znalazło potwierdzenie np. w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2011 r. (sygn. akt KIO/KU 47/11). Podstawowym wyznacznikiem wówczas jest ich niezbędność do właściwej oceny możliwości wykonawczych uczestników postępowania przy jednoczesnym zachowaniu zasady równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W Sekcji II.1.5) – Krótki opis przedmiotu zamówienia lub zakupu – ogłoszenia o zamówieniu zamawiający sprecyzował, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie na rzecz Zamawiającego usług Inżyniera Kontraktu podczas realizacji przez odrębny podmiot inwestycji pod nazwą „Budowa Elektrowni Ostrołęka C o mocy ok. 1000 MW:. Inżynier Kontraktu będzie przedstawicielem Zamawiającego upoważnionym do podejmowania w imieniu i na rzecz Zamawiającego działań związanych z przygotowaniem i realizacją wyżej wymienionych inwestycji oraz do wspierania Zamawiającego przy podejmowaniu decyzji organizacyjnych, technicznych i ekonomicznych, w zakresie opisanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W sekcji III.2.3) - Zdolność techniczna - ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający podał: „O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:

1.1) wykażą się należytym wykonaniem przynajmniej jednej usługi w charakterze Inżyniera Kontraktu, w skład której wchodziło wykonanie przez Wykonawcę obsługi technicznej i formalno-prawnej w całym procesie realizacji projektu inwestycyjnego polegającego na budowie bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy co najmniej 400 MWe w elektrowni węglowej, wybudowanego na obszarze państw objętych Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA), przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie.

1.2) wykażą, że dysponują co najmniej niżej wymienionymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi wymagane doświadczenie i kwalifikacje, to jest:

- a) Kierownik Projektu, posiadający wykształcenie wyższe techniczne (mechaniczne, energetyczne lub elektryczne),
- b) Osoba z aktualnymi uprawnieniami do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
- c) Osoba z aktualnymi uprawnieniami budowlanymi do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
- d) Osoba z aktualnymi uprawnieniami budowlanymi do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności architektonicznej bez ograniczeń,

- e) Osoba z aktualnymi uprawnieniami budowlanymi do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociagowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,
- f) Osoba z aktualnymi uprawnieniami budowlanymi do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń,
- g) Osoba z doświadczeniem przy rozruchu oraz eksploatacji bloku energetycznego odpowiadającego wymaganiom określonym w ppkt. 1.1) powyżej,
- h) Osoba z doświadczeniem w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu kotła,
- i) Osoba z doświadczeniem w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu turbozespołu,
- j) Osoba z doświadczeniem w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu urządzeń elektrycznych,
- k) Osoba z doświadczeniem w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu urządzeń AKPiA.

Każda z wyżej wymienionych osób musi posiadać doświadczenie przy realizacji co najmniej jednego projektu inwestycyjnego polegającego na budowie bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy co najmniej 400 MWe w elektrowni węglowej, wybudowanego na obszarze państw objętych Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA), przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie".

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, w celu wykazania spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wymagał przedłożenia następujących dokumentów: „Wykazu wykonanych przez wykonawcę usług” oraz „Wykazu osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia”.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów uniemożliwiają odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu oraz ewentualne uzyskania zamówienia.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt. 2) i 3) Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wobec braku uregulowań w zakresie pojęcia "niezbędne", przyjęć należy, w ślad za stanowiskiem doktryny i dorobkiem orzecznictwa, że określenie warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości, czy umiejętności specjalnych. Warunki udziału w postępowaniu są konkretyzowane w indywidualnych uwarunkowaniach danego postępowania i winny być formułowane w sposób odpowiadający co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzaju przedmiotowi zamówienia.

Izba uznała, wymagania zamawiającego dotyczące opisu sposobu dokonania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, za nadmierne do przedmiotu zamówienia i utrudniające uczciwą konkurencję. W ocenie Izby powiązanie przez zamawiającego wymagań zawartych w sekcji III.2.3) ppkt 1.1) i ppkt. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu, z Porozumieniem GPA nie jest w żaden sposób uzasadnione merytorycznie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ujętego w sekcji III 2.3 ppkt. 1.1) ogłoszenia o zamówieniu.

Niespornym jest, że Inżynier Kontraktu będzie przedstawicielem zamawiającego upoważnionym do podejmowania w imieniu i na rzecz zamawiającego działań związanych z przygotowaniem i realizacją wyżej wymienionych inwestycji oraz do wspierania Zamawiającego przy podejmowaniu decyzji organizacyjnych, technicznych i ekonomicznych. W związku z powyższym zamawiający w sekcji III.2.3) ppkt. 1.1) ogłoszenia o zamówieniu, sprecyzował, że wykonawcy winni się wykazać się należytych wykonaniem przynajmniej jednej usługi w charakterze Inżyniera Kontraktu, w skład której wchodziło wykonanie przez wykonawcę obsługi technicznej i formalno-prawnej w całym procesie realizacji projektu inwestycyjnego polegającego na budowie bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy co najmniej 400 MWe w elektrowni węglowej, wybudowanego na obszarze państw objętych Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA), przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie.

Zamawiający uzasadniając wprowadzenie do ww. warunku udziału w postępowaniu wymagania odnoszącego się do Porozumienia GPA wskazywał, że miało to na celu przede wszystkim wyłonienie wykonawcy, który posiada doświadczenie w działaniu w określonych realiach gospodarczych, ekonomicznych oraz technicznych. Wyjaśniał powiązanie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w sekcji III.2.3) ppkt.1.1) ogłoszenia o zamówieniu z Porozumieniem GPA podnosząc, że wykonawca usługi Inżyniera Kontraktu ma być w pierwszej kolejności odpowiedzialny za doradztwo przy przeprowadzeniu procedury udzielania zamówienia publicznego (procedury wyboru wykonawcy inwestycji). Wobec tego, że procedury udzielania zamówień publicznych w Polsce podlegają postanowieniom Porozumienia GPA, zamawiający oczekiwał, by Inżynier Kontraktu posiadał doświadczenie możliwie najbardziej odpowiadające realiom, w których procedura udzielania zamówienia publicznego będzie prowadzona.

W ocenie Izby, z powołanych powyżej punktów ogłoszenia o zamówieniu nie sposób wywieść, że wykonawca pełniący funkcję Inżyniera Kontraktu w ramach prawidłowego wypełnienia swoich obowiązków będzie zobligowany do uczestniczenia w procedurze wyboru realizatora budowy nowego bloku, wyłanianego w trybie przepisów Pzp. Tym samym stanowisko i wymagania zamawiającego w tym zakresie należy uznać za nieuzasadnione.

Zgodzić się należy z odwołującym, który odnosząc się do argumentacji prezentowanej przez zamawiającego podczas rozprawy podnosił, że z samego charakteru funkcji Inżyniera Kontraktu nie wynika zobowiązanie prowadzenia procedury wyłaniania wykonawcy realizującego inwestycję i jest to zależne od wymagań zamawiającego w konkretnym przypadku. Z treści ogłoszenia o zamówieniu, (sekcja III.2.3 ppkt. 1.1) wynika jedynie, że zamawiający wymaga, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w zakresie obsługi technicznej i formalnoprawnej, co nie jest tożsamym z przeprowadzeniem procedury w trybie Pzp, mającej na celu wyłonienia odpowiedniego wykonawcy.

Zdaniem Izby nie można pominąć faktu, że podana w treści odpowiedzi na odwołanie informacja wskazująca na tego rodzaju obowiązek została zawarta dopiero w treści siwz, która jak sam przyznał zamawiający, na obecnym etapie nie jest dostępna wykonawcom. Ponadto, z treści siwz w przedmiotowej kwestii (str. 4 odpowiedzi na odwołanie) wynika jasno, że zamawiający określił obowiązki Inżyniera Kontraktu w ten sposób, że będzie on zobowiązany do uczestniczenia w procedurze wyboru realizatora budowy nowego bloku, prowadzenia negocjacji oraz udziału w opracowaniu siwz, a także udziału w ewaluacji złożonych ofert. Tym samym z ww. zapisów nie wynika wprost, aby Inżynier Kontraktu był zobowiązany do przeprowadzenia samodzielnie procedury wyłonienia wykonawcy w trybie Pzp.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że oczekiwania zamawiającego w stosunku do zadań w ramach pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, w zakresie wyłonienia wykonawcy realizującego inwestycję w trybie przepisów Pzp, nie znajdują odzwierciedlenia w treści ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym nie można uznać, za prawidłową argumentacji zamawiającego, którą posługiwał się w celu uzasadnienia sformułowania warunku udziału w postępowaniu w omawiany powyżej sposób.

Zgodzić się należy z odwołującym, który w treści odwołania podkreślał, że specyfika budowy bloków w elektrowniach węglowych nie jest determinowana materiałem treścią Porozumienia GPA. Jeżeli istnieją jakiegokolwiek różnice technologiczne czy proceduralne związane czy to z budową takich obiektów, czy to z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu dla takich inwestycji, to z całą pewnością nie są one determinowane przynależnością do tzw. obszaru GPA. Porozumienie GPA w żaden sposób nie dotyczy ani samej technologii budowania bloków energetycznych w elektrowniach węglowych, ani też uwarunkowań proceduralnych związanych z tym procesem szeroko pojętym, obejmującym również pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu. Wobec tego Porozumienie GPA w żaden sposób nie wpływa ani na zakres czynności, ani też na sposób pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, czyli czynności, które obejmuje przedmiotowe zamówienie. Odwołujący wyjaśniał, że jeżeli można mówić o jakichkolwiek różnicach w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu dla inwestycji związanych, ogólnie rzecz biorąc, z budową elektrowni węglowych, czy też z budową bloków energetycznych o określonych parametrach w elektrowni węglowej, to różnice takie dotyczyć mogą przede wszystkim cech specyficznych wynikających z lokalnego prawa, w tym w szczególności prawa budowlanego, które to prawo nie jest zunifikowane w ramach Porozumienia GPA.

Podsumowując niniejsze rozważania Izba stwierdziła, że różnicowanie doświadczenia wykonawców w oparciu o Porozumienie GPA jest nieuzasadnione i stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

Następnie Izba odniosła się do warunku udziału w postępowaniu ujętego w sekcji III 2.3 ppkt. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu.

Nie budzącym wątpliwości jest, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wymagał aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponował osobami które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi określone doświadczenie i kwalifikacje (tj.: *Kierownik Projektu, posiadający wykształcenie wyższe techniczne (mechaniczne, energetyczne lub elektryczne), Osoba z aktualnymi uprawnieniami do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, Osoba z aktualnymi uprawnieniami budowlanymi do wykonywania nadzoru*

inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, Osoba z aktualnymi uprawnieniami budowlanymi do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, Osoba z aktualnymi uprawnieniami budowlanymi do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, Osoba z aktualnymi uprawnieniami budowlanymi do wykonywania nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, Osoba z doświadczeniem przy rozruchu oraz eksploatacji bloku energetycznego odpowiadającego wymaganiom określonym w ppkt. 1.1) powyżej, Osoba z doświadczeniem w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu kotła, Osoba z doświadczeniem w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu turbozespołu, Osoba z doświadczeniem w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu urządzeń elektrycznych, Osoba z doświadczeniem w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu urządzeń AKPiA.),

Zgodnie z treścią ogłoszenia każda z wyżej wymienionych osób winna posiadać doświadczenie przy realizacji co najmniej jednego projektu inwestycyjnego polegającego na budowie bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy co najmniej 400 MWe w elektrowni węglowej, wybudowanego na obszarze państw objętych Porozumieniem GPA, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie.

Izba stwierdziła, że zamawiający również w tym zakresie w żaden sposób nie uzasadnił swoich wymagań, jego twierdzenia w tym zakresie należy potraktować jako gołosłowne i nieuzasadnione.

Za chybiony należy uznać pogląd zamawiającego, który kierując się przekonaniem, że państwa objęte obszarem Porozumienia GPA zaliczane są co do zasady do państw wysoko rozwiniętych, zawęził miejsce zdobycia doświadczenia przez osoby, które mają brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia, wyłącznie do krajów objętych Porozumieniem GPA. W tej materii za przekonywujący należy uznać m. in. przykład Australii podany przez odwołującego, która leży poza obszarem państw objętych obszarem Porozumienia GPA, a bez wątplenia należy do państw o wysokiej kulturze technologicznej gdzie obowiązują specjalistyczne procedury i wysokie standardy jakościowe. Wobec tego doświadczenie wymagane przez zamawiającego zdobyte w tego rodzaju państwach należy uznać za porównywalne i wystarczające w celu spełnienia ww. warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie art. 7 ust. 1 Pzp nakazuje zamawiającemu przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. Podkreślić należy, że zasady te winny być respektowane przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem zamawiający winien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania. Działanie przeciwne, nie tylko ogranicza konkurencję, ale pozostaje też w sprzeczności z oczywistym interesem zamawiającego. Większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty. Izba zważyła, że zamawiający nie wykazał, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i pozostawał w stosunku do niego w odpowiedniej proporcji. Dyspozycja art. 22 ust. 4 Pzp jest spełniona wtedy, gdy ograniczenie kręgu wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu znajduje uzasadnienie. Działanie przeciwne narusza zasady art. 7 ust. 1 ustawy. Tożsamy pogląd został wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia z dnia 13 października 2010 r. o sygn. akt KIO 2106/10.

Reasumując, stwierdzić należy, że warunek określony w sekcji III.2.3 ppkt. 1.2) jest nadmierny i w omawianym kształcie nieuzasadniony. Tym samym jego treść stanowi naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Natomiast zarzut odwołania dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 ustawy w związku z § 1 ust. 1 pkt. 3 i 6 rozporządzenia o dokumentach, poprzez żądanie wykazu wykonanych usług oraz wykazu osób w zakresie szerszym niż niezbędny do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jest jedynie pochodny w odniesieniu do wcześniej omawianych zarzutów.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutów odwołania Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, poprzez usunięcie z treści pkt. III.2.3) ppkt. 1.1 oraz ppkt. 1.2 wyrażenia „wybudowanego na obszarze państw objętych Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA)”, odnoszącego się zarówno opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim personelem

technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak również obejmującego swym zakresem dokumenty potwierdzające spełnienie ww. warunków udziału w postępowaniu. Izba uznała za niewłaściwe, ograniczające konkurencję, zawężenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jedynie do obszaru państw objętych Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła odwołanie i na podstawie art. 192 ust. 3 pkt. 1) Pzp nakazała zamawiającemu wykonanie czynności zgodnie z pkt. 1 sentencji wyroku. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: