

Sygn. akt: KIO 95/16

WYROK

z dnia 3 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

**Członkowie: Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2016 r. przez wykonawcę **Control Process S.A. w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **JSW Koks S.A. w Zabrze**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Control Process S.A. w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Control Process S.A. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Control Process S.A. w Krakowie** na rzecz **JSW Koks S.A. w Zabrze** kwotę **3.698 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset dziewięćdziesięciu ośmiu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – JSW Koks S.A. w Zabrze – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa bloku energetycznego opalanego gazem koksowniczym w Koksowni Radlin”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 stycznia 2016 r., nr 2016/S 009-010892.

Wobec:

- 1) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 2) opisu sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunku udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówienia,

odwołujący wniósł w dniu 25 stycznia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 i 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przez sporządzenie wadliwego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który to opis narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców, nie jest związany z przedmiotem zamówienia i nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez sporządzenie wadliwego opisu procedury ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert przez przyjęcie, że do punktacji będą brane pod uwagę wyłącznie roboty budowlane wykonane przez wykonawcę, a zasoby innego podmiotu udostępnione na zasadach art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie będą brane pod uwagę przy przyznawaniu punktów.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III, pkt III.2.1) oraz w sekcji III, pkt 2.3) zastrzegł, że o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują co najmniej:

- a) jedną (1) osobą posiadającą doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu jako Kierownik projektu co najmniej dwóch (2) realizacji obejmujących swym zakresem wykonanie w systemie zaprojektuj / buduj „pod klucz” co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji przy spalaniu gazu w kotle i wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno-upustowego o mocy cieplnej minimum 100 MWt która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na Kierownika projektu - Project Managera nadzorującego realizację przedmiotu umowy (pkt 1.1.3.1.),
- b) jedną (1) osobą posiadającą uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie projektowania w branży konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń posiadającą doświadczenie zawodowe jako generalny projektant co najmniej jednej (1) realizacji obejmującej swym zakresem wykonanie dokumentacji projektowej co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji przy spalaniu gazu w kotle i wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno-upustowego o mocy cieplnej minimum 100 MWt, która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na generalnego projektanta w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 1.1.3.5.)

W zakresie wymogów dotyczących kierownika projektu odwołujący podniósł, że jest to specjalista w dziedzinie zarządzania projektami. Jest odpowiedzialny za planowanie, realizację i koordynowanie realizacji projektu. Podstawowym zadaniem kierownika projektu jest zapewnienie osiągnięcia założonych celów projektu poprzez właściwe zarządzanie zespołem projektowym oraz innymi podległymi zasobami. W realizacji umowy będącej wynikiem przedmiotowego postępowania ma on zapewnić zrealizowanie kompletnego bloku energetycznego. Do kluczowych jego obowiązków zaliczyć należy m.in. ogólne planowanie projektu, ustalenie standardów i zasad, opracowanie celów projektu, zarządzanie zespołem projektowym, czasem, kosztami, zakresem i jakością. Podstawowymi funkcjami osoby zarządzającej projektem jest: planowanie, organizowanie, motywowanie, kontrolowanie czy komunikowanie. Kierownik projektu zajmuje się m.in. integracją, podejmowaniem decyzji oraz odpowiada za komunikację w projekcie. Jest łącznikiem między zewnętrznymi i wewnętrznymi interesariuszami projektu, w tym wypadku wykonawcą a zamawiającym. Na poczet realizacji budowlanych projektów inwestycyjnych, spółki je realizujące powołują zespoły projektowe, w skład których wchodzi m.in. kierownik projektu (project manager) oraz fachowcy specjalizujący się w technologiach aplikowanych w ramach danego projektu. I tak np. na poczet niniejszego projektu każdy z wykonawców w celu zapewnienia należytej realizacji zadania będzie musiał powołać kierownika projektu oraz min. specjalistę ds. turbin parowych oraz specjalistę ds. kotłów gazowych. Specjaliści owi będą odpowiedzialni za współpracę z firmami zewnętrznymi (jeżeli technologie będą dostarczane z zewnątrz)

będącymi odpowiednio: dostawca turbiny oraz dostawca kotłów, owi specjaliści będą odpowiedzialni za odnoszenie się do zagadnień i rozwiązywanie problemów charakterystycznych dla danej technologii.

Odwołujący wywiódł, że w Polsce ale również i w Europie występuje bardzo niewielka ilość bloków energetycznych gdzie zastosowano technologie kogeneracji opartej na spalaniu gazu w kotle i wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno-upustowego o mocy cieplnej minimum 100 MWt. Z wiedzy odwołującego wynika, iż w ciągu ostatnich 15 lat wybudowano nie więcej niż kilka takich instalacji w Polsce. Instalacje takie są nieopłacalne przy uwzględnieniu ceny sieciowego gazu ziemnego jako paliwa i rynkowych cen energii elektrycznej i buduje się je jedynie na obiektach, gdzie do celów wytwarzania pary wykorzystuje się spalanie gazów odpadowych powstałych w wyniku prowadzenia innej działalności jak np. gaz koksowniczy, którego cena na rynku polskim, w przeliczeniu na jednostkę energii zawartej w paliwie, jest znacznie niższa od ceny gazu sieciowego. Tym samym tak szczegółowe opisanie wymogu, określającego konieczność dysponowania osobą która pełniła funkcję kierownika projektu, aż w dwóch niezależnych projektach, które ze względu na swoją specyfikę są niezwykle rzadko spotykane na rynku w znaczący sposób zaburzy konkurencję ponieważ uniemożliwi udział w toczącym się postępowaniu wykonawcom, którzy posiadają potencjał do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymaga aż dwóch, wysoce specjalistycznych projektów referencyjnych. Odwołujący wywiódł ponadto, że zamawiający formułuje dużo bardziej szczegółowy i restrykcyjny opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia niż w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Skoro więc zamawiający uznaje, iż wykonawca, który wykonał co najmniej dwie roboty budowlane dotyczące wykonania bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji o mocy cieplnej minimum 100 MWt (bez wskazania, iż kogeneracja ma dotyczyć spalania gazu w kotle) to analogiczne wymogi winien zastosować do personelu wykonawcy.

Odwołujący zażądał, aby Izba nakazała zamawiającemu zmodyfikowanie ogłoszenia o zamówieniu przez nadanie postanowieniom ogłoszenia, pkt III.2.1) ppkt 1.1.3.1. oraz pkt III.2.3) ppkt 1 brzmienia: *„Jedną (1) osobą posiadającą doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu jako Kierownik projektu co najmniej jednej (1) realizacji obejmujących swym zakresem wykonanie w systemie zaprojektuj i buduj „pod klucz” co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji / wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno-upustowego o mocy cieplnej minimum 100 MWt, która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na Kierownika projektu - Project Managera nadzorującego realizację przedmiotu umowy”.*

W zakresie wymogów dotyczących generalnego projektanta odwołujący podniósł, że zadania jakie nałożone są na generalnego projektanta nie implikują konieczności posiadania przez niego uprawnień budowlanych, w szczególności zaś uprawnień budowlanych w branży konstrukcyjno-budowlanej. Oczywistym jest, iż skala przedmiotu zamówienia w zakresie aktualizacji projektu budowlanego oraz ewentualnej konieczności uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę lub wykonania zamiennego projektu budowlanego i uzyskania nowego pozwolenia na budowę powoduje konieczność posiadania zespołu projektantów, którzy będą w stanie wykonać przedmiot zamówienia. W tym zakresie art. 20 ust. 1 pkt 1a Prawa budowlanego nakłada na projektanta obowiązek zapewnienia, w razie potrzeby, udziału w opracowaniu projektu budowlanego osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności oraz wzajemne skoordynowanie techniczne wykonanych przez te osoby opracowań projektowych. Na tej właśnie podstawie w doktrynie wyróżnia się zadania tzw. „głównego projektanta” (czasami nazywanego też „generalnym projektantem”). Tym samym zadania generalnego projektanta dotyczą kwestii nadzorczo-organizacyjnych. Zdaniem odwołującego, budowa bloku energetycznego w zakresie budowli kubaturowej jest stosunkowo prostym zadaniem zarówno z punktu widzenia projektowego jak i konstrukcyjno-budowlanego. Wielokrotnie w podobnych projektach generalni projektanci nie posiadają uprawnień w branży konstrukcyjno-budowlanej ponieważ uprawnienia takie w żadnym stopniu nie są niezbędne do wykonywania ciężących na nich zadań. Tym samym zamawiający nie powinien określać w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku uprawnień budowlanych jakie winien posiadać generalny projektant. Z punktu widzenia zaprojektowania właśnie takiego obiektu, który ma spełniać określone funkcje (produkcję energii elektrycznej i ciepła) wydaje się bardziej uzasadnionym aby osoba generalnego projektanta posiadała doświadczenie i wiedzę z zakresu energetyki. A zgodnie z naszym prawodawstwem osoba posiadająca takie wykształcenie (studia magisterskie na kierunku energetyka) może ubiegać się o uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej, w tym w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodno-kanalizacyjnych i to w ograniczonym zakresie. Prawo budowlane nie przewiduje w procesie budowlanym osoby generalnego projektanta i dlatego wobec takiej osoby (jeśli występowanie takiej funkcji występuje w kontrakcie) nie powinno się wymagać uprawnień, które są związane ściśle z Prawem budowlanym. Ponadto nie należy wymagać aby doświadczenie jakim ma się wykazywać generalny projektant dotyczyło ściśle wykonania dokumentacji projektowej co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji przy spalaniu gazu w kotle. Z punktu widzenia obowiązków generalnego projektanta nie ma znaczenia rodzaj spalanego paliwa w kotle. W pierwszej kolejności należy wskazać, że sam kocioł jest projektowany przez dostawcę kotła który równocześnie gwarantuje parametry jego pracy.

Zespół projektujący pod przewodnictwem generalnego projektanta, w zakresie wyspy kotłowej będzie odpowiedzialny m.in. za zaprojektowanie instalacji podania paliwa, odbioru wyprodukowanej pary oraz instalacje pomocnicze. Biorąc pod uwagę podział kotłów ze względu na rodzaj spalanego paliwa, bloki energetyczne oparte na kotłach gazowych są najprostsze w projektowaniu:

- podanie paliwa następuje za pomocą sieci gazowej (nie wymagane podanie paliwa metodami mechanicznymi, nie wymagane wcześniejsze przygotowanie paliwa, jak np. w przypadku kotłów węglowych czy biomasowych),
- kotły gazowe nie produkują stałych odpadów procesu spalania (żużle) wymagających dodatkowych instalacji,
- kotły gazowe wymagają mniejszej ilości procesów oczyszczania spalin (spaliny nie muszą być odsiarczane oraz odpylane).

Tym samym tak szczegółowe opisywanie wymagań odnośnie personelu wykonawcy skutkuje bezzasadnym ograniczeniem konkurencji poprzez formułowanie nieproporcjonalnego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Posiadanie przez projektanta doświadczenia w realizacji bloków opartych np. o kotły węglowe lub biomasowe wymaga posiadania szerszej wiedzy aniżeli w przypadku kotłów gazowych. Dlatego ograniczenie wymagania jedynie do doświadczenia przy realizacji kotłów gazowych wydaje się nieuzasadnione.

Odwołujący domagał się, aby Izba nakazała zamawiającemu zmodyfikowanie ogłoszenia o zamówieniu poprzez nadanie postanowieniom ogłoszenia, pkt III.2.1) ppkt 1.1.3.5. oraz pkt III.2.3 ppkt 5 brzmienia: *„Jedną (1) osobą posiadającą doświadczenie zawodowe jako generalny projektant co najmniej jednej (1) realizacji obejmującej swym zakresem wykonanie dokumentacji projektowej co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji i wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno-upustowego o mocy cieplnej minimum 100 MWt, która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na generalnego projektanta w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia“.*

W odniesieniu do zarzutów dotyczących opisu procedury ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, odwołujący przywołał treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wywiódł, że interpretacja tego przepisu prowadzi do wniosku, że dopuszczalne jest posłużenie się przez wykonawcę zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku gdy ma to skutkować uzyskaniem wyższej punktacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zwiększeniu szans wykonawcy w uzyskaniu zaproszenia do złożenia oferty. Prymat w przypadku interpretacji treści art. 26

ust. 2b ustawy Pzp winna mieć wykładnia gramatyczna, gdyż to właśnie ona ma pierwszeństwo przed wykładnią systemową i funkcjonalną. W ocenie odwołującego gramatyczne znaczenie zdania pierwszego polega na tym, że dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca może polegać na potencjale podmiotów trzecich - nie uczestniczących w postępowaniu przetargowym, które to podmioty na podstawie łączących go z wykonawcą stosunków prawnych tenże potencjał zobowiązały mu się udostępnić na potrzeby określonego zadania. Z treści tego przepisu nie wynika jakiegokolwiek ograniczenie, tj. że można skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego jedynie na potrzeby wykazania tzw. „minimalnych” warunków udziału w postępowaniu. Nie można stwierdzić również, że takie ograniczenie znajduje się w zdaniu drugim tego przepisu. Przymiotnik „niezbędny” nie jest synonimem przymiotnika „minimalny”. Słowo „niezbędny” oznacza natomiast nieodzowny, konieczny, potrzebny. Znaczenie zatem pojęciowe obu wyrazów jest różne. Wykładnia językowa zdania drugiego daje podstawę do twierdzenia, że nie chodzi o spełnienie warunków granicznych, minimalnych, ale o udowodnienie, że wykonawca będzie dysponował potencjałem podmiotów trzecich do realizacji określonego zadania - w razie, gdy zostanie wybrana przez zamawiającego jego oferta. Ponadto przy ocenie powyższego należy wziąć również pod uwagę charakterystykę przedmiotu zamówienia. W ciągu ostatnich 15 lat na polskim rynku przeprowadzonych było jedynie kilka postępowań, których przedmiot dotyczył budowy bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji przy spalaniu gazu w kotle i wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno- upustowego. Tym samym aby zapewnić obiektywny i niedyskryminacyjny sposób wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, należy dopuścić możliwość punktowania udostępnionego potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący domagał się, aby Izba nakazała zamawiającemu zmodyfikowanie ogłoszenia o zamówieniu pkt IV. 1.2) przez wykreślenie słów: *„Do punktacji będą brane pod uwagę wyłącznie roboty budowlane wykonane przez wykonawcę, oznacza to, że w tym przypadku zasoby innego podmiotu udostępnione na zasadach art. 26 ust. 2b Pzp nie będą brane uwagę przy przyznawaniu punktów”*.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowego odwołującego z 2 lutego 2016 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska oraz dokumenty stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

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

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu a także opisu sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, sporządzenie opisu w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie wniosku lub ograniczać jego szanse na zaproszenie do składania ofert, prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzuty dotyczące opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnym do wykonania zamówienia

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa bloku energetycznego opalanego gazem koksowniczym w Koksowni Radlin.

Ustalono także, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania

osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W sekcji III, pkt III.2.1) oraz w sekcji III, pkt 2.3) ogłoszenia zastrzegł, że o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują co najmniej m.in.:

a) jedną (1) osobą posiadającą doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu jako Kierownik projektu co najmniej dwóch (2) realizacji obejmujących swym zakresem wykonanie w systemie zaprojektuj / buduj „pod klucz” co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji przy spalaniu gazu w kotle i wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno-upustowego o mocy cieplnej minimum 100 MWt która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na Kierownika projektu - Project Managera nadzorującego realizację przedmiotu umowy (pkt 1.1.3.1.),

b) jedną (1) osobą posiadającą uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie projektowania w branży konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń posiadającą doświadczenie zawodowe jako generalny projektant co najmniej jednej (1) realizacji obejmującej swym zakresem wykonanie dokumentacji projektowej co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji przy spalaniu gazu w kotle i wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno-upustowego o mocy cieplnej minimum 100 MWt, która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na generalnego projektanta w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 1.1.3.5.)

Ustalono również, że wobec tej czynności zamawiającego odwołujący wniósł odwołanie w dniu 25 stycznia 2016 r. W treści odwołania odwołujący domagał się aby Izba nakazała zamawiającemu zmodyfikowanie pkt III.2.1) ppkt 1.1.3.1. ogłoszenia o zamówieniu przez nadanie mu brzmienia: *„Jedną (1) osobą posiadającą doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu jako Kierownik projektu co najmniej jednej (1) realizacji obejmujących swym zakresem wykonanie w systemie zaprojektuj i buduj „pod klucz” co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji / wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno-upustowego o mocy cieplnej minimum 100 MWt, która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na Kierownika projektu - Project Managera nadzorującego realizację przedmiotu umowy”*. Odwołujący w odwołaniu domagał się także, by Izba nakazała zamawiającemu zmodyfikowanie pkt III.2.1) ppkt 1.1.3.5. ogłoszenia o zamówieniu przez nadanie mu brzmienia *„Jedną (1) osobą posiadającą doświadczenie zawodowe jako generalny projektant co najmniej jednej (1) realizacji obejmującej swym zakresem wykonanie dokumentacji projektowej co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji i wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno-upustowego o mocy cieplnej minimum 100 MWt, która zostanie*

wyznaczona przez wykonawcę na generalnego projektanta w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia“.

Na podstawie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, jakie zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie ustalono, że zamawiający w dniu 2 lutego 2016 r., przed rozpoczęciem posiedzenia Izby z udziałem stron, przekazał do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. W ogłoszeniu tym zamawiający zmodyfikował postanowienia ogłoszenia w sposób żądany przez odwołującego.

W trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron w dniu 3 lutego 2016 r., przed otwarciem rozprawy, odwołujący zapoznał się z treścią odpowiedzi na odwołanie i ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia. Zdecydował się w dalszym ciągu popierać zarzuty odwołania i wdał się z zamawiającym w spór. W trakcie rozprawy oświadczył, że spór pomiędzy nim a zamawiającym w rozpatrywanym zakresie już nie istnieje. Wywodził jednak, że stanowisko zamawiającego należy potraktować jako uznanie zarzutów, co winno skutkować uwzględnieniem odwołania w części ich dotyczącej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Stosownie zaś do przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.*

Izba, mając na uwadze przywołany przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem na moment wyrokowania w sprawie. Stwierdziła, że naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na nieproporcjonalnym opisanu warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą głównego projektanta oraz kierownika projektu na tę chwilę nie ma i nie może mieć już wpływu na wynik postępowania, a co za tym idzie nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Sporne postanowienia ogłoszenia zostały bowiem przez zamawiającego zmodyfikowane zgodnie z żądaniem odwołującego, co nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Historyczne, na moment otwarcia rozprawy, postanowienia ogłoszenia nie mogą mieć już jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, gdyż zostały przez zamawiającego wyeliminowane. Na podstawie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia można było stwierdzić, że ogłoszenie to zostało przekazane do

Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej już w dniu 2 lutego 2016 r., w przeddzień rozprawy przed Izbą. Stanowisko zamawiającego oznaczało, że dokonał on już w postępowaniu materialnoprawnej czynności modyfikacji ogłoszenia i że nastąpiło przed otwarciem rozprawy, a więc przed tym momentem postępowania, gdy następuje wdanie się stron w spór. Odwołujący wiedząc o powyższych okolicznościach powziął w trakcie posiedzenia przed Izbą, przed otwarciem rozprawy, na podstawie przekazanego mu odpisu odpowiedzi na odwołanie. Pomimo to zdecydował się wdać z zamawiającym w spór chociaż – jak sam przyznał w trakcie rozprawy - spór pomiędzy stronami już ustał i nie domagał się już nakazywania zamawiającemu dokonywania żadnej zmiany ogłoszenia. Wzięto pod uwagę, że w toku rozprawy odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie wyjaśnił w jaki sposób historyczne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu mogą jeszcze choćby hipotetycznie wywrzeć wpływ na wynik analizowanego postępowania, np. na sposób oceny wniosku odwołującego lub innych wykonawców. W tej sytuacji, wobec niespełniania przesłanek z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie w analizowanej części należało oddalić.

2. Zarzuty dotyczące opisu sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu

Ustalono, że zamawiający w pkt IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu określił sposób dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu. Zasady te zostały określone w poniższy sposób.

Zamawiający zaprosi do składania ofert pięciu (5) wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz otrzymają największą ilość punktów uzyskanych w oparciu o poniższe wyliczenie (prekwalifikacja). Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż pięciu (5), Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich tych wykonawców. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż pięciu (5), Zamawiający zaprosi do składania ofert tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe ilości punktów w ramach prekwalifikacji.

Zasady prekwalifikacji w przedmiotowym postępowaniu: Zamawiający przyzna każdemu wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu punkty w następujący sposób:

1) zero (0) punktów: w przypadku spełnienia przez wykonawcę minimalnego warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. wykazania przez wykonawcę w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wyłącznie dwóch (2) robót budowlanych zrealizowanych w ramach odrębnych umów, gdzie każda z nich obejmowała swym zakresem wykonanie w systemie zaprojektuj i buduj „pod klucz” co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji o mocy cieplnej minimum 100 MWt,

2) wykonawca otrzyma jeden (1) punkt za każdą dodatkową realizację wykonaną przez wykonawcę i obejmującą swym zakresem robotę budowlaną wyszczególnioną powyżej w pkt 1).

Do punktacji będą brane pod uwagę wyłącznie roboty budowlane wykonane przez wykonawcę. oznacza to, że w tym przypadku zasoby innego podmiotu udostępnione na zasadach art. 26 ust. 2b Pzp nie będą brane pod uwagę przy przyznawaniu punktów.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie są zasadne.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do tego, czy zamawiający – w sytuacji, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu okaże się większa niż określona w ogłoszeniu, w ramach dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert (tzw. „prekwalifikacji”) – może zdecydować się na przyznawanie punktów wyłącznie tym wykonawcom, którzy będą dysponowali własną wiedzą i doświadczeniem.

Stosownie do przepisu art. 51 ust. 2 ustawy Pzp, *jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminujący.* Jak wynika z art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego musi zawierać *opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu.*

Przypomnienia wymaga, że kwalifikacja wykonawców w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego odbywa się w dwóch etapach. Najpierw zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, następnie zaś o ile liczba wykonawców jest większa niż liczba wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do składania ofert, zamawiający zobowiązany jest (o ile zaistnieje taka sytuacja) dokonać dodatkowej czynności polegającej na zhierarchizowaniu ocen, wybierając tych wykonawców,

którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania postawionych wymagań. Zaproszeni do składania ofert powinni być ci wykonawcy, którzy spełniają wymagania w największym, najlepszym stopniu, a więc otrzymali największą ilość punktów.

Uszło uwadze odwołującego, że owe wymagania, przy pomocy których następuje hierarchizacja wykonawców w drugiej fazie, muszą być jedynie „obiektywne i niedyskryminacyjne”. Nie muszą jednak ograniczać się do najwyższej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Obecne brzmienie przepisów art. 51 ust. 2 i art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp zostało ustalone na mocy ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usług, która weszła w życie w dniu 20 marca 2013 r. W poprzednim stanie prawnym, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu, okazywała się większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający miał obowiązek zaprosić do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali „najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Jak wynika z powyższego, uchylona regulacja ściśle wiązała zasady prekwalfikacji z warunkami udziału w postępowaniu. Celem nowelizacji art. 51 ust. 2 i wprowadzenia art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy – jak wynika z uzasadnienia ustawy nowelizującej – było rozszerzenie możliwości stosowania metod prekwalfikacji wykonawców w trybie przetargu ograniczonego w oparciu o obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria. W ramach tego przepisu zamawiający może ograniczyć liczbę kandydatów w procedurze ograniczonej, jednak ograniczenie to musi mieć swoje uzasadnienie – jak wskazano powyżej – w obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriach.

Zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał w żaden sposób, aby opis prekwalfikacji, jaki zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu był nieobiektywny lub dyskryminacyjny. Znajduje uzasadnienie premiowania – na etapie prekwalfikacji – własnej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, który ubiega się o zamówienie. Wykonawcy, którzy uprzednio zrealizowali należycie większą liczbę analogicznych do zamawianych robót budowlanych dają zamawiającemu większą rękojmię należytego wykonania zamówienia aniżeli tacy, którzy zrealizowali samodzielnie minimalną liczbę podobnych robót, ale posiadają większe zdolności w pozyskiwaniu partnerów gospodarczych, na których zasobach doświadczenia mogą się oprzeć (w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). Dostrzec należy, że stosunek zobowiązaniowy będzie łączył wyłącznie zamawiającego z wykonawcą. To wykonawca ponosił będzie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie ma możliwości dochodzenia realizacji zamówienia od podmiotu trzeciego, na którego zasobie wiedzy i doświadczenia wykonawca się jedynie opiera. W myśl art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, podmiot trzeci odpowiada wobec zamawiającego w ograniczonym zakresie – a mianowicie jedynie za szkodę, powstałą wskutek

nieudostępnienia zasobu i to pod warunkiem, że ponosi winę za ten stan. Natomiast odwołujący może zapewnić sobie większą szansę na zaproszenie do składania ofert, jeżeli zdecyduje się wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia z podmiotem posiadającym odpowiednią wiedzę i doświadczenie (art. 23 ustawy Pzp). W takiej sytuacji wiedza i doświadczenie takiego podmiotu – jako wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia - będzie wzięta przez zamawiającego pod uwagę przy prekwalfikacji.

Stanowisko zaprezentowane przez Izbę jest w sposób konsekwentny prezentowane w orzecznictwie Izby począwszy od wejścia w życie omawianej nowelizacji ustawy Pzp z 12 października 2012 r. O dopuszczalności określenia w ogłoszeniu o zamówieniu takich zasad prekwalfikacji, zgodnie z którymi dodatkowe punkty dostaną ci wykonawcy spełniający warunki w postępowaniu, którzy osobiście wykonali roboty budowlane, Izba orzekła w wyrokach wydanych w sprawach o sygn. akt KIO 2716/13, KIO 2975/13, KIO 548/15 i KIO 2183/15.

Podobne stanowisko zostało również wyrażone w publikacji: Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy, pod red. J. Sadowego oraz B. Brańko, str. 65, z której wynika: *„Wyraźnie wskazać należy na możliwość posłużenia się przez zamawiającego podczas prekwalfikacji obiektywnymi i niedyskryminacyjnymi kryteriami odnoszącymi się wyłącznie do potencjału własnego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, co w tym zakresie wyłączać może odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich przedstawionego przez wykonawców w oparciu o treść normy z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, celem spełnienia żądanego wymogu i znalezienia się w gronie zaproszonych podmiotów. Co do zasady zamawiający może promować wykonawców samodzielnie spełniających warunki (lub wskazany, określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu np. w zakresie wiedzy lub potencjału finansowego), jeżeli wskazał taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższa konstrukcja nie ma charakteru dyskryminującego, albowiem nie ulega wątpliwości, iż z wykonawcą nie spełniającym samodzielnie warunków, łączy się więcej ryzyk związanych z zapewnieniem prawidłowej realizacji zamówienia publicznego”*.

Za niezwiązane z rozpatrywanym stanem faktycznym należało uznać orzeczenia sądów okręgowych, które odwołujący przywołał w swym piśmie procesowym z 2 lutego 2016 r. Podkreślenia wymagało, że większość z tych orzeczeń jest już nieaktualna, gdyż zapadła na tle stanu prawnego sprzed wejścia w życie ustawy nowelizującej z 12 października 2012 r., co nastąpiło 20 marca 2013 r. Natomiast dwa orzeczenia (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 27 kwietnia 2015 r. XII Ga 108/15 i wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt XXIII Ga 1894/15) dotyczyły zupełnie innej sytuacji faktycznej. Jak wynika z opisu stanu

faktycznego ustalonego przez Izbę w sprawach, które następnie były przedmiotem rozstrzygnięć obu sądów, dotyczyły one sytuacji, w której zamawiający – w przeciwieństwie do obecnego – nie opisał w ogłoszeniu o zamówieniu zastrzeżenia, zgodnie z którym dla potrzeb prekwalfikacji będzie punktował wyłącznie własne doświadczenie wykonawcy. W konsekwencji w ogłoszeniach o zamówieniach w tych postępowaniach znajdowały się postanowienia, które można było interpretować jako konieczność zaproszenia do składania ofert wykonawców, którzy spełniają w najwyższym stopniu warunki udziału w postępowaniu. Takie postanowienia skłaniały sądy do zmiany orzeczeń Izby, gdyż uznawały, że zamawiający, którzy nie zawarli w ogłoszeniach odrębnych zasad prekwalfikacji, powinni stosować do nich analogiczne reguły jak przy ocenie spełniania warunków, a więc i uwzględniać wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich, używane w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jednakże stan faktyczny w analizowanej sprawie okazał się całkowicie odmienny od analizowanego przez oba sądy. Odwołanie w analizowanej sprawie złożono wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu i dotyczyło zgodności z prawem zaskarżonych postanowień.

Biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie w analizowanej części podlegało oddaleniu jako niezasadne.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co z omawianych wcześniej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III GZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*. Ponieważ odwołanie okazało się niezasadne w całości, kosztami postępowania odwoławczego należało obciążyć w całości odwołującego, jako tę stronę, która całkowicie odpowiadała za wynik postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 98 zł na podstawie rachunków złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. A i b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....