

WYROK

z dnia 31 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Control Process S.A. (lider), STC Power S.r.l. oraz Control Process EPC2 Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Control Process S.A. (lider), STC Power S.r.l. oraz Control Process EPC2 Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Control Process S.A. (lider), STC Power S.r.l. oraz Control Process EPC2 Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Control Process S.A. (lider), STC Power S.r.l. oraz Control Process EPC2 Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków na rzecz Zespołu Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia

przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A., ul. Łowiecka 24 50-220 Wrocław (dalej „zamawiający”) w trybie dialogu konkurencyjnego na „Realizację pod klucz elektrociepłowni gazowo-parowej dla Kogeneracja S.A. w Siechnicach” (ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26. 07. 2019 r., 2019/S 143-353314) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Control Process S.A., STC Power S.r.l. oraz Control Process EPC2 sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Obrońców Modlina 16 30-733 Kraków (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec:

1. czynności zamawiającego, polegającej na uznaniu za spełniających warunki udziału w postępowaniu podmiotów:

- konsorcjum firm w składzie: Rafako S.A. (lider), oraz Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa Spółka Akcyjna z siedzibą dla lidera: ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz k(dalej „konsorcjum Rafako”),
- konsorcjum firm w składzie: Mostostal Warszawa S.A. (lider) oraz Acciona Industrial S.A., z siedzibą dla lidera: ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa (dalej „konsorcjum Mostostal”),
- zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu ww. podmiotów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) (dalej „ustawa Pzp”):

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22a ust. 4 oraz art. 36a ust. 2, poprzez uznanie, że konsorcjum Rafako spełniło warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 12.3.2.a dokumentu „Instrukcja dotycząca prowadzonego postępowania (Wymagania formalne)” (dalej „Instrukcja”) w związku z pkt 10 Instrukcji, korzystając z zasobów podmiotu trzeciego (Siemens AG) w zakresie, dla którego zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania,
2. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 oraz art. 25 ust. 2 i § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez uznanie, że konsorcjum Rafako spełnia warunek udziału w postępowaniu, korzystając z zasobów podmiotu trzeciego (Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o.) w sytuacji, gdy podmiot ten nie przedstawił dowodów potwierdzających wykonanie robót, co do których udostępnia zasoby,
3. art. 24 ust. 1 pkt 16, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Rafako, które wprowadziło zamawiającego w błąd co do okoliczności spełniania warunków udziału w postępowaniu, twierdząc, że podmiot trzeci (Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o.) wykonał roboty, które w rzeczywistości wykonał inny podmiot,
4. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22a ust. 4 oraz art. 36a ust. 2, poprzez uznanie, że konsorcjum Mostostal spełniło warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 12.3.2.a dokumentu „Instrukcja” w związku z pkt 10 Instrukcji, korzystając z zasobów podmiotu trzeciego (General Electric International Inc.) w zakresie, dla

którego zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania,

5. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 oraz art. 25 ust. 2 i § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez uznanie, że konsorcjum Mostostal spełnia warunek udziału w postępowaniu korzystając z zasobów podmiotu trzeciego (Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o.) w sytuacji, gdy podmiot ten nie przedstawił dowodów potwierdzających wykonanie robót, co do których udostępnia zasoby,

6. art. 24 ust. 1 pkt 16, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Mostostal, które wprowadziło zamawiającego w błąd co do okoliczności spełniania warunków udziału w postępowaniu, twierdząc, że podmiot trzeci (Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o.) wykonał roboty, które w rzeczywistości wykonał inny podmiot.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznanie, że wynik oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dla konsorcjum Rafako i konsorcjum Mostostal jest taki, że nie spełniają one warunków udziału w postępowaniu i podlegają wykluczeniu i w konsekwencji podmioty te nie będą uczestniczyć w dalszym toku postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego konsorcjum Rafako i konsorcjum Mostostal odwołujący podał, że zamawiający w pkt 12.3.2.a Instrukcji określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali jako generalny wykonawca inwestycji przynajmniej 1 (jedno) zamówienie, którego zakres przedmiotowy obejmował łącznie: projektowanie,

dostawę i montaż oraz uruchomienie i przejęcie do eksploatacji bloku gazowo-parowego, którego moc elektryczna znamionowa netto w warunkach ISO wynosiła nie mniej niż 50 MWe" i jednocześnie w pkt 10 Instrukcji określił: „Na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 1 Ustawy Zamawiający wymaga, aby Wykonawca osobiście wykonał zakres prac budowlanych co najmniej w zakresie związanym z budową bloku gazowo-parowego."

W ocenie odwołującego zestawienie powyższych postanowień Instrukcji wskazuje, że to wykonawca musi się legitymować doświadczeniem w zakresie budowy bloku gazowo-parowego, gdyż ze względu na zastrzeżenie osobistego wykonania prac w tym zakresie, nie może powierzyć ich podwykonawcom wobec czego nie można uznać za skuteczne poleganie na zasobach podmiotu trzeciego w tym zakresie, gdyż dla skuteczności zobowiązania do udostępnienia zasobów w zakresie warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, konieczne jest, aby podmiot udostępniający zasoby zrealizował roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp).

Uzupełnił, że wobec obowiązku osobistego wykonania prac budowlanych w zakresie związanym z budową bloku gazowo - parowego niemożliwe jest, aby prace te wykonywał podmiot trzeci, tym samym nie może dojść do skutecznego polegania na jego zasobach w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że konsorcjum Rafako w tym zakresie polega na zasobach firmy Siemens AG, która w swoim zobowiązaniu do udostępnienia zasobów wyraźnie wskazała

prace budowlane: „Wiedza i doświadczenie w zakresie niezbędnym dla realizacji zamówienia: wykonanie projektu budowlanego, prac budowlanych, dostawy, uruchomienie i przejęcie do eksploatacji turbozespołu gazowego wraz z kotłem odzyskowym i instalacjami pomocniczymi," oraz - co do „Sposobu wykorzystania zasobów przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia": „Udział w realizacji umowy na zasadach umowy podwykonawczej obejmującej realizację prac objętych zakresem udostępnionych zasobów".

Odwołujący stanął na stanowisku, że ze zobowiązania tego jednoznacznie wynika, że prace budowlane są kluczowym elementem wykonania bloku gazowo - parowego.

Podkreślił, że brzmienie art. 36a ust. 2 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, że obowiązkiem osobistego wykonania mogą być objęte wyłącznie kluczowe części zamówienia na roboty budowlane, tym samym jedyną racjonalną wykładnią zapisów Instrukcji jest taka, że obowiązek osobistego wykonania prac budowlanych „co najmniej w zakresie związanym z budową bloku gazowo-parowego” wzmacnia wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia określony w pkt 12.3.2.a Instrukcji.

Stwierdził, że należy uznać że konsorcjum Rafako nie wykazało spełnienia warunku.

Podał, że na potwierdzenie spełniania warunku konsorcjum Rafako przedstawiło podmiot trzeci - firmę Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. (ul. Hoffmana 4, Gródek, 86-140 Drzycim) oraz wskazało, że podmiot ten realizował różne prace w tym zakresie, w tym projekty:

- Norrenergi AB Dwa nowe ciśnieniowe zbiorniki akumulatorów wraz ze związanymi naczyniami zbiorczymi do elektrowni Solna,
- Malarenergi AB. Nowy zbiornik akumulatorowy dla elektrociepłowni Vasteras.

Odwołujący stwierdził, że oświadczenia te nie są prawdziwe, ponieważ z listów referencyjnych wynika, że oba wyżej wskazane projekty realizował podmiot Rodoverken AB, który nie jest tożsamy ze spółką Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. (ul. Hoffmana 4, Gródek, 86-140 Drzycim).

Uzupełnił, że w toku wyjaśnień pojawiło się oświadczenie Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o., że „Akumulator ciepła realizowany na rzecz Malarenergi AB został zaprojektowany przez P. H. (Prezes Zarządu Midroc Rodoverken Production Sp z o.o.) a Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. uczestniczyła w wykonaniu zamówienia na ten akumulator.”

Odwołujący podniósł, że jest to oświadczenie własne podmiotu i z tego względu nie może być uznane za dokument spełniający wymagania wynikające z rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowiącego, że takimi dokumentami „są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane (...)”.

Zaznaczył, że takie dokumenty nie zostały przedstawione, podmiot nie wskazał także, aby „z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze” nie był w stanie uzyskać tych dokumentów,

Odwołujący podniósł także, że oświadczenie to nie potwierdza, że Midroc Rodoverken Production Sp z o.o. wykonała robotę, na którą się powołuje, przeciwnie - potwierdza, że robota ta została wykonana przez inny podmiot, a Midroc Rodoverken Production Sp z o.o. „uczestniczyła” w jej wykonaniu.

Podsumował, że uznać należy, że podmiot trzeci udostępniający zasoby, tj. Midroc Rodoverken Production Sp z o.o., faktycznie tych zasobów nie posiada; nawet gdyby przyjął, że obecny Prezes Zarządu Midroc Rodoverken Production Sp z o.o. uczestniczył w projektowaniu w ramach jednej z robót to nie oznacza to, że firma może twierdzić, że była podmiotem, który zrealizował zamówienie referencyjne skoro wykonała je inna firma (Rodoverken AB).

Zakończył, że złożenie nieprawdziwych informacji w tym przypadku jest oczywiste i nie powinno być żadnych wątpliwości, że jest to stan faktyczny wprost wypełniający dyspozycję zawartą w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W odniesieniu do konsorcjum Mostostal odwołujący wskazał, że konsorcjum to polega na zasobach firmy General Electric International Inc.

Ponownie podniósł, że nie jest możliwe korzystanie z podmiotu trzeciego dla zakresu zastrzeżonego dla osobistego wykonania wobec czego należy uznać, że konsorcjum Mostostal nie wykazało spełnienia ww. warunku.

Podał, że na potwierdzenie spełniania kwestionowanego warunku konsorcjum Mostostal, analogicznie jak konsorcjum Rafako przedstawiło podmiot trzeci - firmę Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. (ul. Hoffmana 4, Gródek, 86-140 Drzycim) oraz wskazało,

że podmiot ten realizował różne prace w tym zakresie, w tym projekt Malarenergi AB. Nowy zbiornik akumulatorowy dla elektrociepłowni Vasteras.

Odwołujący podał także, że w toku wyjaśnień konsorcjum Mostostal złożyło oświadczenia:

„Niniejszym oświadczamy, że grupa Midroc Rodoverken, w skład którego wchodzi reprezentowana przez nas spółka Midroc Rodoverken Production Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w Gródek, ul. Hoffmana 4, 86-140 Drzycim, realizowała budowy akumulatorów wyłącznie dla podmiotów prywatnych i nie było praktykowane podpisywanie referencji (...)” oraz „Wyjaśniamy, że - jak wynika z naszej najlepszej wiedzy

wynikającej z otrzymanych od podmiotu trzeciego dokumentów i oświadczeń, w nawiązaniu do

przedłożonego Załącznika 3 - Wykazu zrealizowanych robót budowlanych, usług, dostaw - grupa Midroc Rodoverken, w skład którego wchodzi Midroc Rodoverken Production Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w Gródek, ul. Hoffmana 4, 86-140 Drzycim, (...)”, stwierdzając, że wyjaśnienia te nie potwierdzają, że podmiot trzeci na którego zasoby konsorcjum Mostostal się powołuje, tj. spółka Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. wykonała prace i zdobyła doświadczenie wymagane dla spełnienia postawionych przez zamawiającego warunków.

Podniósł, że w prawie polskim nie istnieje pojęcie „grupy” oraz, że fakt powiązań kapitałowych czy osobowych pomiędzy spółkami nie pozwala na posługiwanie się jako własnym doświadczeniem innego (choćby powiązanego) podmiotu.

Uzupełnił, że analogicznie jak w przypadku konsorcjum Rafako oświadczenia złożone przez konsorcjum Mostostal są oświadczeniem własnym podmiotu, które nie może być uznane za dokument spełniający wymagania wynikające z rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowiącego jednoznacznie, że takimi dokumentami „są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane (...)”.

Zaznaczył, że takie dokumenty nie zostały przedstawione, podmiot nie wskazał także aby „z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze” nie był w stanie uzyskać tych dokumentów a złożone oświadczenia nie potwierdzają, że Midroc Rodoverken Production

Sp z o.o. wykonała robotę, na którą się powołuje, przeciwnie - potwierdza, że robota ta została wykonana przez inny podmiot, a Midroc Rodoverken Production Sp z o.o. „uczestniczyła” w ich wykonaniu.

Podsumował, że uznać należy, że podmiot trzeci udostępniający zasoby, tj. Midroc Rodoverken Production Sp z o.o. faktycznie tych zasobów nie posiada wobec czego należy uznać, że konsorcjum Mostostal nie wykazało spełnienia ww. warunku.

Odwołujący podniósł, że wskazaną okoliczność dotyczącą Midroc Rodoverken Production Sp z o.o. należy uznać za wprowadzenie zamawiającego w błąd - konsorcjum Mostostal w pełni świadomie złożyło nieprawdziwe oświadczenie - oświadczyło bowiem, że podmiot trzeci na zasobach którego polega (Midroc Rodoverken Production Sp z o.o.) wykonał zamówienia, które w istocie wykonała inna firma (Rodoverken AB).

Zakończył, że złożenie nieprawdziwych informacji w tym przypadku jest oczywiste i nie powinno być żadnych wątpliwości, że jest to stan faktyczny wprost wypełniający dyspozycję zawartą w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej łzbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 24 stycznia 2020 r. - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie” - pismo z dnia 31 stycznia 2020 r., Pisma przygotowawczego odwołującego z dnia 31 stycznia 2020 r., a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający łzby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty uznania, że konsorcjum Rafako oraz konsorcjum Mostostal spełniło warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 12.3.2.a Instrukcji w związku z pkt 10 Instrukcji, korzystając z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie, dla którego zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania, czym zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22a ust. 4 oraz art. 36a ust. 2 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W pkt. 4 „opis przedmiotu zamówienia” ppkt 4.1. Instrukcji zamawiający podał, że przedmiotem zamówienia jest budowa nowej elektrociepłowni wraz z gospodarkami pomocniczymi, która „zostanie oparta o blok gazowo-parowy oraz kotłownię szczytowo-rezerwową gazowo-olejową”.

Zgodnie z pkt. 10 Instrukcji „Obowiązek osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę” zamawiający zastrzegł, „aby Wykonawca osobiście wykonał zakres prac budowlanych co najmniej w zakresie związanym z budową bloku gazowo-parowego”.

Zgodnie z pkt 12 Instrukcji „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia” ppkt 12.3.2.a) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy - w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - spełniają następujący warunek: „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali jako generalny wykonawca inwestycji przynajmniej 1 (jedno) zamówienie, którego zakres przedmiotowy obejmował łącznie: projektowanie, dostawę i montaż oraz uruchomienie i przejęcie do eksploatacji bloku gazowo-parowego, którego moc elektryczna znamionowa netto w warunkach ISO wynosiła nie mniej niż 50 MWe”.

Oba konsorcja złożyły zobowiązania innych podmiotów do oddania im do dyspozycji niezbędnych zasobów w trakcie realizacji zamówienia.

W przypadku konsorcjum Rafako było to zobowiązanie Siemens AG z Niemiec, w którym - w odniesieniu do sposobu wykorzystania zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia - ujęto: Udział w realizacji umowy na zasadach umowy podwykonawczej obejmującej realizację prac objętych zakresem udostępnianych zasobów”. Zakres udostępnianych zasobów opisano następująco: „Wiedza i doświadczenie w zakresie niezbędnym dla realizacji zamówienia: wykonanie projektu budowlanego, prac budowlanych, dostawy, uruchomienie i przejęcie do eksploatacji turbozespołu gazowego wraz z kotłem odzyskowym i instalacjami pomocniczymi, którego moc (...)” - dla dwóch turbozespołów o różnej mocy elektrycznej znamionowej netto, „Wiedza i doświadczenie w zakresie niezbędnym dla realizacji zamówienia: dostawa, budowa, montaż i uruchomienie zakończone przejęciem do eksploatacji nowego transformatora olejowego o mocy znamionowej (...) i przejęcie do eksploatacji turbozespołu gazowego wraz z kotłem odzyskowym i instalacjami pomocniczymi, którego moc (...)”.

W przypadku konsorcjum Mostostal było to zobowiązanie General Electric International Inc. ze Stanów Zjednoczonych Ameryki, w którym - w odniesieniu do sposobu wykorzystania zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia - ujęto: „Udział w realizacji zamówienia na podstawie umowy podwykonawczej obejmującej wykonanie prac: projektowanie, produkcja, dostawa i nadzór nad montażem mechanicznym oraz rozruch

i przekazanie do eksploatacji”.

Zamawiający ocenił, że oba konsorcja wykazały spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o czym zawiadomił wykonawców pismem z dnia 7 stycznia 2020 r.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Wykładania językowa ustanowionego przez zamawiającego warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie pozostawia wątpliwości, że warunek ten nie zawiera elementu doświadczenia w wykonaniu jakichkolwiek prac budowlanych. Elementy, które warunek ujmuje to „jedynie” projektowanie, dostawa i montaż oraz uruchomienie i przejście do eksploatacji bloku gazowo-parowego.

Uwzględniając powyższe, uznać należy, że o ile zakres zastrzeżenia zamawiającego co do obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia jest ewidentnie zastrzeżeniem osobistego wykonania prac budowlanych (w zakresie ograniczonym, tj. do prac związanych z budową bloku gazowo-parowego), o tyle ustanowiony przez zamawiającego warunek zdolności technicznej lub zawodowej w ogóle nie referuje do doświadczenia w wykonaniu jakichkolwiek prac budowlanych. Oznacza to, że zamawiający nie przewidział weryfikacji doświadczenia wykonawcy w wykonaniu prac budowlanych, a w konsekwencji, że nie ma podstaw do badania skuteczności udostępnienia wykonawcy przez podmiot trzeci zasobu w tym zakresie.

Dodatkowo stwierdzić należy, że analiza treści zobowiązania Siemens AG prowadzi do wniosku, że o ile udział tego podmiotu w realizacji zamówienia będzie polegać na wykonaniu prac budowlanych, o tyle nie można przyjąć, że prace te będą związane z budową bloku gazowo-parowego, ponieważ taki zakres prac budowlanych w zobowiązaniu nie został wskazany. Tym samym nie można zasadnie twierdzić, że konsorcjum Rafako przewidziało, że to podmiot trzeci udostępniający zasoby wykona prace budowlane związane z budową bloku gazowo-parowego, zastrzeżone do osobistego wykonania przez zamawiającego.

Stwierdzić w dalszej kolejności należy, że analiza treści zobowiązania General Electric International Inc. nie pozostawia wątpliwości, że udział tego podmiotu w realizacji zamówienia nie będzie polegać na wykonaniu przez ten podmiot jakichkolwiek prac budowlanych skoro w zobowiązaniu mowa jedynie o projektowaniu, produkcji, dostawie i nadzorze nad montażem mechanicznym oraz rozruchu i przekazaniu do eksploatacji. Tym samym nie można zasadnie twierdzić, że konsorcjum Mostostal przewidziało, że to podmiot trzeci udostępniający zasoby wykona prace budowlane związane z budową bloku gazowo-parowego, zastrzeżone do osobistego wykonania przez zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty (zarzut wobec konsorcjum Rafako oraz zarzut wobec konsorcjum Mostostal) nie potwierdziły się.

Zarzuty uznania, że konsorcjum Rafako oraz konsorcjum Mostostal spełnia warunek udziału w postępowaniu, korzystając z zasobów podmiotu trzeciego (Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o.) w sytuacji, gdy podmioty te nie przedstawiły dowodów potwierdzających wykonanie robót, co do których udostępniła zasoby, czym zamawiający naruszył przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 oraz art. 25 ust. 2 ustawy Pzp i § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt 12 Instrukcji „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy

wykluczenia" ppkt 12.3.2.d) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy - w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - spełniają następujący warunek: „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej 1 (jedno) zamówienie, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie i wybudowanie akumulatora ciepła o łącznej objętości 10 000 m³".

Zamawiający w Instrukcji w pkt. 12.3.2 zdanie ostatnie [w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.1.3)] wskazał, że „dopuszcza, aby Wykonawcy legitymowali się doświadczeniem nabytym w ramach konsorcjum”.

Oba konsorcja złożyły zobowiązania tego samego podmiotu - Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. - do oddania im do dyspozycji niezbędnych zasobów w trakcie realizacji zamówienia (zobowiązanie to konsorcjum Rafako złożyło wraz z Wnioskami, konsorcjum Mostostal w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 listopada 2019 r.).

W zobowiązaniu złożonym zarówno przez konsorcjum Rafako, jak i konsorcjum Mostostal jako zakres udostępnianych zasobów wskazano: „Wiedza i doświadczenie

w zakresie niezbędnym dla realizacji zamówienia: zaprojektowanie i wybudowanie akumulatora ciepła o łącznej objętości 10 000 m³".

W Wykazie wykonanych usług / dostaw / robót budowlanych konsorcjum Rafako w pozycji nr 1 ujęło: akumulator 27 200 m³ Projekt i budowa, realizowany w latach 2017 - 2019 na rzecz Malarenergi AB ze Szwecji.

Pismem z dnia 20 listopada 2019 r. konsorcjum Rafako zostało wezwane przez zamawiającego do przedłożenia Wykazu wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający podał, że konsorcjum Rafako posługuje się zasobami Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o., podczas gdy jako wykonawcę usług (w złożonych wraz z Wnioskami dokumentach) wskazano Rodeverken AB. Dodatkowo podał, że „dokumenty te nie są właściwymi dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi, gdyż są to foldery reklamowe”.

Konsorcjum Rafako, przy piśmie z dnia 16 grudnia 2019 r., złożyło referencje z dnia 25 września 2018 r. - „Niniejszym potwierdzamy, że Midroc Rodoverken wykonał dla nas akumulator ciepła o pojemności 27 000 m³. (...) Doświadczenie (...) z Midroc Rodoverken jest dobre, więc polecam ich jako dostawcę. W przypadku chęci uzyskania dodatkowych informacji odnośnie wykonania akumulatora przez Midroc zapraszam do kontaktu z poniżej podpisanym” (podpisał S. A.).

Złożyło także oświadczenie J. Z., że „umiejętności i zasoby, których używaliśmy do zaprojektowania i budowy akumulatora ciepła jak w załączonym liście referencyjnym są w posiadaniu Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. w zakresie pozwalającym na samodzielne projektowanie i budowę akumulatorów ciepła.”

Pismem z dnia 19 grudnia 2019 r. konsorcjum Rafako zostało wezwane przez zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, tj. „o potwierdzenie, że Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. uczestniczył w wykonaniu zamówienia realizowanego na rzecz Malarenergi AB”.

Do pisma z dnia 30 grudnia 2019 r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie zamawiającego z 19 grudnia 2019 r. konsorcjum Rafako załączyło oświadczenie J. Z. z dnia 19 grudnia 2019 r. - „Niniejszym oświadczam, że akumulator ciepła realizowany na rzecz Malarenergi AB został zaprojektowany przez (...) a Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. uczestniczyła w wykonaniu zamówienia na ten akumulator.”

Konsorcjum złożyło także KRS Midroc Rodoverken AB potwierdzające, że J. Z. jest uprawniony do samodzielnego reprezentowania Midroc Rodoverken AB.

Pismem z dnia 20 listopada 2019 r. konsorcjum Mostostal zostało wezwane przez zamawiającego do złożenia m.in. oświadczeń i dokumentów w celu potwierdzenia, że podmioty udostępniające zasoby spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Wraz z pismem, podpisanym w dniu 16 grudnia 2019 r. konsorcjum Mostostal złożyło Wykaz wykonanych usług / dostaw / robót budowlanych, w którym w pozycji nr 2 ujęło akumulator 27 200 m³ Projekt i budowa, realizowany w latach 2017 - 2019 na rzecz Malarenergi AB ze Szwecji oraz referencje z dnia 25 września 2018 r. - „Niniejszym potwierdzamy, że Midroc Rodoverken wykonał dla nas akumulator ciepła o pojemności 27 000 m³. (.) Doświadczenie (.) z Midroc Rodoverken jest dobre, więc polecam ich jako dostawcę. W przypadku chęci uzyskania dodatkowych informacji odnośnie wykonania akumulatora przez Midroc zapraszam do kontaktu z poniżej podpisanym” (podpisał S. A.) - te same, które złożyło konsorcjum Rafako.

Pismem z dnia 19 grudnia 2019 r. konsorcjum Mostostal zostało wezwane przez zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, tj. „o potwierdzenie, że Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. uczestniczył w wykonaniu zamówienia realizowanego na rzecz Malarenergi AB”.

Pismem z dnia 30 grudnia 2019 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego z 19 grudnia 2019 r. konsorcjum Mostostal potwierdziło, że Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. uczestniczyła w wykonaniu zamówienia realizowanego na rzecz Malarenergi AB.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

konsorcjum Rafako

Podstawą faktyczną zarzutu w odniesieniu do konsorcjum Rafako było to, że podmiot trzeci, na zasoby którego powołuje się konsorcjum Rafako, wykazując spełnienie warunku, tj. Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. nie uczestniczył w wykonaniu dla Malarenergi AB akumulatora o pojemności 27 200 m³ wobec czego nie ma doświadczenia niezbędnego dla wykazania spełnienia warunku.

Odwołujący utrzymywał, że skoro z dokumentów referencyjnych wynika, że projekt realizował Rodoverken AB to nie można go przypisać Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o.

Zaznaczyć należy, co podniósł zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie (str. 6, trzeci akapit), że referencje z dnia 25 września 2018 r. nie wskazują jako wykonawcy Midroc Rodoverken AB, ale szerzej - Midroc Rodoverken (poza sporem pozostawał fakt, że Midroc Rodoverken to grupa kapitałowa).

Podkreślenia w tym miejscu wymaga to, że referencja lub inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane potwierdzać mają to „jedynie”, że dana robota/dostawa/usługa została wykonana należycie.

Inne informacje prezentowane w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu pochodzić mogą z innych źródeł.

W przypadku pozycji nr 1 z Wykazu złożonego przez konsorcjum Rafako - robota, która miała zostać potwierdzona referencjami to wykonanie akumulatora o pojemności 27 200 m³ dla Malarenergi AB - takie referencje (referencje z dnia 25 września 2018 r.) zostały przez konsorcjum Rafako złożone.

Wobec powyższej, „ograniczonej roli referencji” informacja o tym, że uczestniczącym w realizacji zamówienia z pozycji nr 1 Wykazu podmiotem była Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. mogła i pochodziła z innego źródła, tj. od głównego wykonawcy - oświadczenia Midroc Rodoverken AB w tym zakresie zostały złożone 19 grudnia 2019 r. i załączone do pisma konsorcjum Rafako z dnia 30 grudnia 2019 r.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zdobycie doświadczenia w danym

zakresie jest możliwe nie tylko wówczas, gdy podmiot realizuje zamówienie jako wykonawca główny (w tym jako członek konsorcjum, co wprost wskazał zamawiający w Instrukcji i ogłoszeniu), ale także gdy jest podwykonawcą.

Biorąc pod uwagę wskazane odmienności co do możliwości pozyskania doświadczenia, charakter referencji oraz podstawę faktyczną zarzutu stwierdzić należy, że konsorcjum Rafako wykazało, że spełnia warunek, opierając się na doświadczeniu Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. zdobytym przy realizacji akumulatora z pozycji 1 Wykazu, ponieważ:

- należyte wykonanie akumulatora zostało potwierdzone referencjami z dnia

25 września 2019 r., w których wprost wskazano, że „Midroc Rodoverken wykonał dla nas akumulator ciepła o pojemności 27 000 m³” oraz, że „Doświadczenie (.) z Midroc Rodoverken jest dobre, więc polecam ich jako dostawcę”, tj. dokumentem pochodzącym od podmiotu dla którego akumulator wykonano,

- informacja o udziale Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. została objęta oświadczeniem wykonawcy głównego z 19 grudnia 2019 r. (także oświadczeniem z 9 grudnia 2019 r. - oświadczenia J. Z.), dodatkowo ocenionym „pozytywnie”

oświadczeniem wykonawcy głównego z 9 września 2019 r. - skoro w oświadczeniu tym mowa o posiadaniu przez Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. zasobów i umiejętności pozwalających na samodzielne projektowanie i budowę akumulatorów ciepła, a oświadczenie to wprost nawiązuje do referencji z dnia 25 września 2019 r., co - w ocenie składu orzekającego Izby - należy odczytywać jako umiejętności pozyskane przy realizacji zamówienia, którego referencje dotyczą.

konsorcjum Mostostal

Podstawą faktyczną zarzutu w odniesieniu do konsorcjum Mostostal było to, że podmiot trzeci, na zasoby którego powołuje się konsorcjum Rafako, wykazując spełnienie warunku, tj. Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. nie może się posługiwać się jak własnym doświadczeniem innego podmiotu z grupy kapitałowej wobec czego nie ma doświadczenia niezbędnego dla wykazania spełnienia warunku.

Ponownie zaznaczyć należy, że referencje z dnia 25 września 2018 r. nie wskazują jako wykonawcy Midroc Rodoverken AB, ale szerzej - Midroc Rodoverken (poza sporem pozostawał fakt, że Midroc Rodoverken to grupa kapitałowa, w skład której wchodzi także Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o.).

Ponownie podkreślić także należy, że referencja lub inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane potwierdzać mają to „jedynie”, że dana robota/dostawa/usługa została wykonana należycie.

Inne informacje prezentowane w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu pochodzić mogą z innych źródeł.

W przypadku pozycji nr 2 z Wykazu złożonego przez konsorcjum Mostostal - robota, która miała zostać potwierdzona referencjami to wykonanie akumulatora o pojemności 27 200 m³ dla Malarenergi AB - takie referencje (referencje z dnia 25 września 2018 r.) zostały przez konsorcjum Mostostal złożone.

Wobec powyższej, „ograniczonej roli referencji” informacja o tym, że uczestniczącym w realizacji zamówienia z pozycji nr 2 Wykazu podmiotem była Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. mogła i pochodziła z innego źródła, tj. od samego wykonawcy - konsorcjum Mostostal oświadczenie w tym zakresie złożyło 30 grudnia 2019 r.

Skład orzekający Izby podtrzymuje stanowisko, że zdobycie doświadczenia w danym zakresie jest możliwe nie tylko wówczas, gdy podmiot realizuje zamówienie jako wykonawca główny (w tym jako członek konsorcjum, co wprost wskazał zamawiający w Instrukcji i ogłoszeniu), ale także gdy jest podwykonawcą.

Biorąc pod uwagę wskazane odmienności co do możliwości pozyskania doświadczenia, charakter referencji oraz podstawę faktyczną zarzutu stwierdzić należy, że

konsorcjum Mostostal wykazało, że spełnia warunek, opierając się na doświadczeniu Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. zdobytym przy realizacji akumulatora z pozycji 2 Wykazu, ponieważ:

- należyte wykonanie akumulatora zostało potwierdzone referencjami z dnia 25 września 2019 r., w których wprost wskazano, że „Midroc Rodoverken wykonał dla nas akumulator ciepła o pojemności 27 000 m³” oraz, że „Doświadczenie (.) z Midroc Rodoverken jest dobre, więc polecam ich jako dostawcę”, tj. dokumentem pochodzącym od podmiotu dla którego akumulator wykonano,
- informacja o udziale Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. została objęta oświadczeniem konsorcjum Mostostal z dnia 30 grudnia 2019 r.

Dla porządku stwierdzić należy, że na rozprawie zamawiający złożył dodatkowe oświadczenie z 27 stycznia 2020 r., które - w odniesieniu do obu konsorcjów - potwierdza powyższe wnioski (choć zamawiający nie dysponował tymi dokumentami, badając oferty wykonawców oraz złożono je jedynie w kserokopii).

W oświadczeniu czytamy: „(.) inwestycja realizowana na rzecz Malarenergi AB, w zakres której wchodziło zaprojektowanie i wybudowanie akumulatora ciepła o łącznej objętości 27000 m³, wykonywana była przez Rodoverken AB na rzecz którego, m.in. we wskazanym powyżej zakresie, działał Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. (.) , Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. brał czynny udział w realizacji Kontraktu, był podmiotem niezbędnym do należytej realizacji Kontraktu, a wszystkie zlecone prace wykonał należyście i terminowo zgodnie z dokumentacją techniczną i projektową.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty (zarzut wobec konsorcjum Rafako oraz zarzut wobec konsorcjum Mostostal) nie potwierdziły się.

Zarzuty zaniechania wykluczenia konsorcjum Rafako oraz konsorcjum Mostostal, które wprowadziły zamawiającego w błąd co do okoliczności spełniania warunków udziału w postępowaniu, twierdząc, że podmiot trzeci (Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o.) wykonał roboty, które w rzeczywistości wykonał inny podmiot, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w konsekwencji uznania, że zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 oraz art. 25 ust. 2 ustawy

Pzp i § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie potwierdziły się uznał także, że nie potwierdziły się zarzuty wprowadzenia zamawiającego w błąd co do okoliczności spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Skoro bowiem oba konsorcja wykazały, że podmiot Midroc Rodoverken Production Sp. z o.o. uczestniczył w realizacji zamówienia - wykonaniu akumulatora z pozycji 1 i 2 Wykazów tych konsorcjów, to uznać także należało, że nie wprowadziły zamawiającego w tym zakresie w błąd.

Skład orzekający Izby wskazuje, że w przypadku konsorcjum Rafako odwołujący podniósł, że także dokumenty dotyczące „Norrenergi AB Dwa nowe ciśnieniowe zbiorniki akumulatorów wraz ze związanymi naczyniami wzbiorczymi do elektrowni Solna” są nieprawdziwe (str. 6 odwołania) .

Wobec braku prezentacji w tym zakresie jakiegokolwiek okoliczności i argumentacji skład orzekający Izby uznał, że także w tym zakresie zarzut się nie potwierdził.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty (zarzut wobec konsorcjum Rafako oraz zarzut wobec konsorcjum Mostostal) nie potwierdziły się.

Odnosząc się do załączonych przez odwołującego do Pisma przygotowawczego z dnia 31 stycznia 2020 r. materiałów: artykułu prasowego, korespondencji e-mail z dnia 28 stycznia 2020 r. od osoby ze strony odwołującego do S. A. z Malarenergi AB oraz informacji o projekcie akumulatora ciepła w Vastera, podpisanej przez S. A. skład orzekający Izby wskazuje, że:

- artykuł prasowy poruszający ogólnie wiele różnorodnych kwestii realizacji projektu nie może stanowić rzetelnego źródła informacji na temat szczegółów realizowanej inwestycji i podmiotów w nim uczestniczących zwłaszcza w konfrontacji z dedykowanymi oświadczeniami składanymi przez J. Z. z Midroc Rodoverken AB i konsorcjum Mostostal,
- pochodząca od S. A. informacja, wobec braku jakiejkolwiek wiedzy na temat rozmowy, na kanwie której doszło do udzielenia tej informacji, nie może stanowić rzetelnego źródła informacji na temat podwykonawców projektu zwłaszcza w konfrontacji z dedykowanym, „obszernym” oświadczeniem złożonym przez wskazaną osobę dnia 25 września 2018 r.

Skład orzekający Izby wskazuje nadto, że w Piśmie przygotowawczym z dnia 31 stycznia 2020 r. oraz w toku rozprawy odwołujący wskazywał nowe okoliczności faktyczne i prawne, próbując tym samym zgłosić nowe zarzuty (nieprawidłowość podpisu J. Z., brak zakończenia realizacji akumulatora w dacie wystawienia referencji - „Następnym krokiem będzie wykonanie izolacji oraz instalacji AKPiA, co planuje się zakończyć w marcu”, ponowne, z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie przez zamawiającego konsorcjum Rafako i konsorcjum Mostostal do złożenia dokumentów) co - ze względu na wynikający z przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu - zostały przez skład orzekający pominięte.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: