Sygn. akt KIO 2213/16

Sygn. akt: KIO 2213/16

WYROK
z dnia 7 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2016r. przez odwołującego: ENERGOTEST Sp. z o.o. ul. Chorzowska 44B; 44-100 Gliwice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PGNiG TERMIKA S.A. ul. Modlińska 15; 03-216 Warszawa

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z oraz nakazuje odwołującego postępowania zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża PGNiG TERMIKA S.A. ul. Modlińska 15; 03-216 Warszawa

i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ENERGOTEST Sp. z o.o. ul. Chorzowska 44B; 44-100 Gliwice tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od PGNiG TERMIKA S.A. ul. Modlińska 15; 03-216 Warszawa kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz ENERGOTEST Sp. z o.o. ul. Chorzowska 44B; 44-100 Gliwice stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Sygn. akt KIO 2213/16

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 ze zm. z 2016r. poz.831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2213/16

Uzasadnienie

Stanowiska stron

Odwołujący

W dniu 23 listopada 2016 roku odwołujący wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którego przedmiotem jest usługa udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Modernizacja układów wzbudzenia generatorów TGH-120 nr 7, 8, 9, 10 zainstalowanych w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie”.

Wartość szacunkowa tego zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 2016-093758 data zamieszczenia w dniu 21/07/2016 roku.

Niniejsze odwołanie jest składane na czynność wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty a w konsekwencji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:
1. naruszenie art. 93 ust. 3 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego w zawiadomieniu z dnia 15.11.2016r. o unieważnieniu postępowania z powodu wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty a co miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, jak również na sposób i zakres skorzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej;

Ponadto:
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp poprzez ich zastosowanie, pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu i uznaniu złożonej przez wykonawcę oferty za odrzuconą;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 4 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie, w konsekwencji dokonanie oceny spełnienia postawionego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia z przekroczeniem reguł

---

adekwatności i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, przez to z przekroczeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
4. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp poprzez unieważnienie postępowania, podczas gdy nie została spełniona przesłanka dodatnia umożliwiająca unieważnienie postępowania, ponieważ oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu w niniejszym postępowaniu;
5. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nie dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący przedstawił następujące żądania:
I. uwzględnienie odwołania;
II. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i unieważnienia postępowania;
III. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego;
IV. Zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych.

Odwołujący podniósł okoliczność legitymowania się interesem prawnym i faktycznym do wniesienia środka ochrony prawnej, albowiem kwestionowane czynności zamawiającego według niego naruszają słuszny interes odwołującego w ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podnosi, że spełnił warunki udziału w postępowaniu i złożył ważną ofertę odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego jego oferta powinna podlegać ocenie i zostać uznana za najkorzystniejszą według ustalonego w SIWZ kryterium oceny ofert. Naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych ma istotny wpływ w rozumieniu art. 192 ust. 2 na wynik postępowania, ponieważ nie prowadzi do wyboru oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Informacja o wykluczeniu i odrzuceniu oferty odwołującego oraz o unieważnieniu z tego powodu postępowania została przekazana za pośrednictwem faksu i dotarła do wiedzy odwołującego w dniu 15 listopada 2016 r.
Odwołujący składa przedmiotowe odwołanie nadmieniając zachowanie terminu z art. 182 ust. 1 pkt 1) Pzp. Kopię odwołania, na podstawie art. 180 ust. 5 Pzp, przekazał zamawiającemu w dniu 23 listopada 2016 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej

na adres wskazany w Ogłoszeniu o zamówieniu 1.1. i SIWZ 8.7: m..w.@termika.pqniq.pf dowód transmisji danych załączył do odwołania.
Odwołujący powołuje się na legitymowanie interesem prawnym i faktycznym do wniesienia środka ochrony prawnej, albowiem kwestionowane czynności zamawiającego naruszają słuszny interes odwołującego w ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący uważa, że spełnił warunki udziału w postępowaniu i złożył ważną ofertę odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego jego oferta powinna podlegać ocenie i zostać uznana za najkorzystniejszą wg. ustalonego w SIWZ kryterium oceny ofert. Naruszenie ww. przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych ma istotny wpływ w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp na wynik postępowania, ponieważ nie prowadzi do wyboru oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący składa przedmiotowe odwołanie z zachowaniem terminu przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 1) Pzp.

Kopię odwołania, na podstawie art. 180 ust. 5 Pzp, przekazał zamawiającemu w dniu 23 listopada 2016 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres wskazany w Ogłoszeniu 1.1. i SIWZ 8.7: dowód transmisji danych w załączeniu.
W uzasadnieniu odwołujący przedstawił w szczególności następującą argumentację formalną i prawną.

Wskazał, że zamawiający informując odwołującego o wykluczeniu jego z postępowania wymienił art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.
W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia odwołującego i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą, zamawiający wskazał jedynie podstawę prawną czynności, bez uzasadnienia faktycznego. Zamawiający ograniczył uzasadnienie czynności do następującego stwierdzenia: „firma Energotest Sp. z o. o. nie wykazała się wykonaniem samodzielnie lub w konsorcjum, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej dwóch zamówień polegających każdorazowo na wykonaniu i uruchomieniu jednego statycznego układu wzbudzenia na bloku o mocy minimum 100 MW. ”(str. 1 pisma z dnia 15.11.2016r.).
Odwołujący podniósł, że brak uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia, to jest nie wskazania z jakiego powodu ocenił wykazane w ofercie odwołującego i w piśmie z dnia 19.10.2016r. doświadczenie jako nie wystarczające, stanowi naruszenie dyspozycji art. 93 ust. 3 pkt 2) Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem,

obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie uzasadnienia faktycznego i prawnego w informacji o unieważnieniu postępowania.
Skoro, podstawę prawną unieważnienia postępowania stanowił przepis art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp, to jest niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu na skutek czynności wykluczenia wszystkich wykonawców z postępowania, to uzasadnienie faktyczne tej czynności winno objąć okoliczności i podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania.
Wyłącznie wyjaśnienie podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia odwołującego z postępowania pozwala na weryfikację prawidłowości dokonania tej czynności i

czynności następczych zamawiającego, to jest unieważnienia postępowania, jak również postawienia przez odwołującego prawidłowo uzasadnionych zarzutów (zgodnie z dyrektywą art. 180 ust. 3 Pzp).
Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 Pzp poprzez niewskazanie przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania w skutek uznania, że nie złożono w postępowaniu żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, jest uzasadniony i w ocenie odwołującego ipso facto prowadzi do uwzględnienia odwołania.
Wyłącznie z ostrożności procesowej, na wypadek nie uznania powyższego zarzutu za wystarczający do uwzględnienia niniejszego odwołania, odwołujący wskazuje i podnosi, co następuje, antycypując -z konieczności procesowej- uzasadnienie faktyczne czynności zamawiającego:
Czynność zamawiającego, w postaci wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest niezgodna z prawem i jako taka nie może się ostać w porządku prawnym.
Przede wszystkim wskazać należy, że dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nakazuje wykluczenie wykonawcy z postępowania na skutek nie wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czyli tzw. warunków podmiotowych, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, i w sprawie niniejszej nie znajduje zastosowania, albowiem korzystanie ze środków ochrony prawnej ma bezpośredni wpływ na wynik postępowań o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.
Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 Pzp poprzez niewskazanie przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania w skutek uznania, że nie złożono w postępowaniu żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, jest uzasadniony i w ocenie odwołującego ipso facto prowadzi do uwzględnienia odwołania.

Wyłącznie z ostrożności procesowej, na wypadek nie uznania powyższego zarzutu za wystarczający do uwzględnienia niniejszego odwołania, Odwołujący wskazuje i podnosi, co następuje, antycypując -z konieczności procesowej- uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego:
Czynność Zamawiającego, w postaci wykluczenia Wykonawcy Energotest z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest niezgodna z prawem i jako taka nie może się ostać w porządku prawnym.
Przede wszystkim wskazać należy, że dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nakazuje wykluczenie wykonawcy z postępowania na skutek nie wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czyli tzw. warunków podmiotowych, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, i w sprawie niniejszej nie znajduje zastosowania, albowiem odwołujący wykazał spełnienie postawionego warunku w zakresie wiedzy, doświadczenia zgodnie z postanowieniami Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest usługa w postaci „Modernizacji układów wzbudzenia generatorów TGH-120 nr 7, 8, 9, 10 zainstalowanych w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie". Przedmiot zamówienia określony został w pkt. 1.1 SIWZ oraz załączniku do SIWZ w postaci wzoru umowy (§ 1 wzoru umowy).
W toku postępowania zamawiający dokonał modyfikacji warunku podmiotowego w zakresie wiedzy i doświadczania wysyłając w dniu 10.08.2016r. Ogłoszenie o sprostowaniu ogłoszenia do Dziennika Urzędowego U.E. (numer ID:2016 - 104091).
W pierwotnym brzmieniu warunek wiedzy i doświadczenia był następujący:
„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie, w szczególności wykonali samodzielnie lub w konsorcjum, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu i uruchomieniu 2 kompletnych statycznych układów wzbudzania na blokach o mocy minimum 100 MW. (...)"

Po zmianie warunku przez zamawiającego, zrezygnowano z określenia „kompletności" statycznych układów wzbudzania i warunek otrzymał następującą treść:
„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie, w szczególności wykonali samodzielnie lub w konsorcjum, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch zamówień polegających każdorazowo na wykonaniu i uruchomieniu jednego statycznego układu wzbudzenia na bloku o mocy minimum 100 MW. (...)"

Na potwierdzenie spełnienia ww. postawionego warunku, zamawiający wymagał dokumentów określonych w pkt. 3.1.2.SIWZ: „(...) złożenia dokumentów należyte prac w wyżej zakresie. potwierdzających wykonanie opisanym Potwierdzeniem należytego wykonania prac może być podpisany przez strony protokół odbioru końcowego prac lub przekazania do eksploatacji zawierający informację o zakresie prac i ich wartości. Dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług mogą być: 1) poświadczenie (np. referencja); 2) oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1. Potwierdzeniem należytego wykonania prac może być podpisany przez Strony protokół odbioru końcowego prac lub przekazania do eksploatacji zawierający informację o zakresie i wartości prac."; oraz oświadczenia Wykonawcy określonego w pkt. 4.1.1. SIWZ:
„oświadczenie Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zawierające zapewnienie, że posiada (...) wiedzę i doświadczenie, dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i że spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej - złożone na druku stanowiącym załącznik nr 2 do niniejszej Instrukcji dla Wykonawców".
Odwołujący załączył do oferty żądane dokumenty i oświadczenia.
W „Wykazie zrealizowanych zamówień" (str. 19 oferty) Wykonawca wskazał wszystkie wiodące zamówienia zrealizowane przez niego w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania, polegające na wykonaniu oraz uruchomieniu czterech statycznych układów wzbudzenia, każdy na bloku o mocy minimum 100 MW.
Na potwierdzenie należytego zrealizowania ww. prac, Wykonawca załączył odnośnie zadań z poz. 1-3 Wykazu stosowne listy referencyjne (str. 20-22 oferty), odpowiednio:
do poz. 1 z Wykazu, list referencyjny wystawiony przez zamawiającego ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. datowany 2012-11-13, w którym w pkt. 2 zakresu zadania pn. „Kompleksowa modernizacja bloku nr 4 o mocy 230 MW" potwierdzono wykonanie w pełnym zakresie i w terminie wymaganym przez inwestora modernizacji układu wzbudzania i regulacji napięcia generatora nr 4;
- do poz. 2 Wykazu, list referencyjny wystawiony przez zamawiającego ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. datowany 2012-11-13, w którym w pkt. 2 zakresu zadania pn. „Kompleksowa modernizacja bloku nr 3 o mocy 230 MW" potwierdzono wykonanie w pełnym zakresie i w terminie wymaganym przez inwestora modernizacji układu wzbudzania i regulacji napięcia generatora nr 3;

---

do poz. 3 Wykazu, list referencyjny wystawiony przez zamawiającego ELEKTROBUDOWA S.A. datowany 2015-07-22, w którym potwierdzono należyte wykonanie zadania modernizacji układu wyprowadzania mocy TG3 i TG4 dla Elektrowni Skawina o mocy bloku 110 MW, w tym dostawę i uruchomienie układu wzbudzania i regulacji napięcia generatora TG 6;

Odnośnie zadania wskazanego w poz. 4 Wykazu, Wykonawca załączył protokoły zdawczo- odbiorcze z dnia 01.03.2015 i z dnia 03.06.2016r. potwierdzające wykonanie i przekazanie dokumentacji w zakresie min. modernizacji układu wzbudzania generatora bloku nr 5. Wykonawca do oferty załączył „Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu" (str. 7 oferty. Podkreślić w tym miejscu należy, że poświadczenia należytego wykonania usług, dostaw lub robót budowlanych nie muszą zawierać konkretnych treści, których oczekuje zamawiający w danym postępowaniu, gdyż nie na taką okoliczność są udzielane wykonawcom i wystawiane są przez inwestorów. Zamawiający oceniając dokument poświadczenia nie może wymagać od wykonawcy przedstawienia referencji zawierającej określoną, z góry narzuconą przez danego zamawiającego, treść czy wręcz sformułowania 230 MW w Elektrowni Kozienice) i poz. 2 Wykazu prac (Kompleksowa modernizacja bloku nr 3 o mocy 230 MW w Elektrowni Kozienice) przedstawił wraz z ofertą listy referencyjne, z treści których wynika, że zakres prac obejmował wykonanie kompleksowych prac układu wzbudzania generatora. Natomiast, kwestionowane przez Zamawiającego protokoły odbioru dokumentacji dla zadania „Modernizacji zabezpieczeń elektrycznych bloku nr 5 w El.Kozienice" (na str. 23-24 oferty), dotyczyły wyłącznie poz. 4 Wykazu prac, a ponadto odzwierciedlają tylko fragment prac dotyczących regulatora napięcia, ale nie wyczerpują całego zakresu zadania. W treści ww. pisma Odwołujący wyjaśnił ponadto, że w ramach dostaw i prac w układzie wzbudzania generatorów dla bloków nr 3-5 w Elektrowni Kozienice wykonał szereg innych czynności, które enumeratywnie wymienił w pkt. 1-10, a które łącznie dowodzą tego, że prace dotyczyły wykonania i uruchomienia układu wzbudzenia, a nie tylko regulatora napięcia układu wzbudzenia.
Na marginesie zauważyć należy, że wyjaśnienia Odwołującego złożone w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie zmieniały, nie uzupełniały, Wykazu prac załączonego do oferty o inny opis lub nowe pozycje. Wobec czego, nie miał zastosowania przepis art. 26 ust. 3 Pzp, który zresztą wskazany został przez Zamawiającego do alternatywnego zastosowania w przypadku, gdyby Wykonawca uzupełniał Wykaz prac lub referencje na potwierdzenie ich należytego wykonania.
Spośród czterech zamówień wskazanych w „Wykazie prac" na potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę postawionego w SIWZ warunku wiedzy i

doświadczenia, należyte wykonanie trzech zamówień (w poz. 1, 2, 3) odpowiadających postawionemu warunkowi podmiotowemu zostało potwierdzone stosownymi listami referencyjnymi wystawionymi przez zamawiających. Z ostrożności procesowej podnoszę wobec tego, że nawet w sytuacji, gdyby Zamawiający zakwestionował poz. 4 Wykazu (zadanie „Modernizacji zabezpieczeń elektrycznych bloku nr 5 w El. Kozienice"), na której potwierdzenie należytego wykonania Wykonawca załączył do oferty (na str. 23-24) protokoły odbioru w miejsce stosownego poświadczenia należytego wykonania, oraz gdyby przedstawione protokoły odbiorów wraz ze złożonymi wyjaśnieniami Wykonawcy złożonymi pisemnie w dniu 14.10.2016r. mimo to zdaniem Zamawiającego nie potwierdziły spełnienia postawionego warunku, to pozostałe prace w poz. 1, 2 i 3 Wykazu zrealizowanych zamówień wraz z listami referencyjnymi załączonymi do oferty (str. 20, 21, 22) potwierdziły spełnienie przez Wykonawcę Energotest warunku wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowania dwóch zamówień polegających każdorazowo na wykonaniu i uruchomieniu jednego statycznego układu wzbudzenia na bloku o mocy minimum 100 MW.

Rzetelna analiza treści „Wykazu zrealizowanych zamówień" oraz załączonych oświadczeń i dokumentów, przedstawionych na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku wiedzy i doświadczenia, prowadzi do wniosku, że prace wskazane w poz. 1, 2 i 4 (zrealizowane przez Odwołującego w Elektrowni Kozienice na rzecz zamawiającego ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o.) polegały na wykonaniu układu wzbudzania i łącznie z nim regulacji napięcia danego generatora. Wynika to wprost i bezpośrednio z treści listów referencyjnych wystawionych przez inwestora

ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. Dowodzi tego treść listów referencyjnych, w których inwestor ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. w ramach wyszczególnienia prac wykonanych przez Odwołującego wskazał spójnikiem „i" prace polegające na „wykonaniu modernizacji układu wzbudzania i regulacji napięcia generatora", a nadto wskazał, że prace te obejmowały również „Prefabrykację i dostawę szaf z aparaturą".
Tymczasem, Zamawiający - PGNiG TERMIKA zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp pismem z dnia 14.10.2016r. (FZ/MWO/4081/2016) o udzielenie wyjaśnień dotyczących Wykazu prac w zakresie poz. 1, 2 i 4, albowiem w ocenie Zamawiającego ww. prace dotyczą Jedynie regulatora napięcia układu wzbudzania", co wynikać miało z protokołów odbioru załączonych do oferty na str. 23 i 24.
Wykonawca pismem z dnia 19.10.2016r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień w żądanym zakresie, w których wskazał Zamawiającemu, że na potwierdzenie

należytego wykonania zadań określonych w poz. 1 Wykazu prac (Kompleksowa modernizacja bloku nr 4 o mocy 230 MW w Elektrowni Kozienice) i poz. 2 Wykazu prac (Kompleksowa modernizacja bloku nr 3 o mocy 230 MW w Elektrowni Kozienice) przedstawił wraz z ofertą listy referencyjne, z treści których wynika, że zakres prac obejmował wykonanie kompleksowych prac układu wzbudzania generatora. Natomiast, kwestionowane przez Zamawiającego protokoły odbioru dokumentacji dla zadania „Modernizacji zabezpieczeń elektrycznych bloku nr 5 w El.Kozienice" (na str. 23-24 oferty), dotyczyły wyłącznie poz. 4 Wykazu prac, a ponadto odzwierciedlają tylko fragment prac dotyczących regulatora napięcia, ale nie wyczerpują całego zakresu zadania. W treści ww. pisma Odwołujący wyjaśnił ponadto, że w ramach dostaw i prac w układzie wzbudzania generatorów dla bloków nr 3-5 w Elektrowni Kozienice wykonał szereg innych czynności, które enumeratywnie wymienił w pkt. 1-10, a które łącznie dowodzą tego, że prace dotyczyły wykonania i uruchomienia układu wzbudzania, a nie tylko regulatora napięcia układu wzbudzania.
Na marginesie zauważyć należy, że wyjaśnienia Odwołującego złożone w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie zmieniały, nie uzupełniały, Wykazu prac załączonego do oferty o inny opis lub nowe pozycje. Wobec czego, nie miał zastosowania przepis art. 26 ust. 3 Pzp, który zresztą wskazany został przez Zamawiającego do alternatywnego zastosowania w przypadku, gdyby Wykonawca uzupełniał Wykaz prac lub referencje na potwierdzenie ich należytego wykonania.
Spośród czterech zamówień wskazanych w „Wykazie prac" na potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę postawionego w SIWZ warunku wiedzy i trzech (w poz. 1, 2, 3) doświadczenia, należyte wykonanie zamówień odpowiadających postawionemu warunkowi podmiotowemu zostało potwierdzone stosownymi listami referencyjnymi wystawionymi przez zamawiających. Z ostrożności procesowej podnoszę wobec tego, że nawet w sytuacji, gdyby Zamawiający zakwestionował poz. 4 Wykazu (zadanie „Modernizacji zabezpieczeń elektrycznych bloku nr 5 w El.Kozienice"), na której potwierdzenie należytego wykonania Wykonawca załączył do oferty (na str. 23-24) protokoły odbioru w miejsce stosownego poświadczenia należytego wykonania, oraz gdyby przedstawione protokoły odbiorów wraz ze złożonymi wyjaśnieniami Wykonawcy złożonymi pisemnie w dniu 14.10.2016r. mimo to zdaniem Zamawiającego nie potwierdziły spełnienia postawionego warunku, to pozostałe prace w poz. 1, 2 i 3 Wykazu zrealizowanych zamówień wraz z listami referencyjnymi załączonymi do oferty (str. 20, 21, 22) potwierdziły spełnienie przez Wykonawcę Energotest warunku wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowania dwóch zamówień polegających każdorazowo na

wykonaniu i uruchomieniu jednego statycznego układu wzbudzenia na bloku o mocy minimum 100 MW.

W poz. 1 „Wykazu zrealizowanych zamówień w ciągu ostatnich 5 lat” Odwołujący wskazał zadanie w zakresie kompleksowej modernizacji bloku nr 4 o mocy 230 MW w Elektrowni Kozienice z okresem realizacji: 2011 rok.
W tym miejscu uprzedzająco wskazuję i podnoszę, że wykazywane zamówienie było realizowane w oparciu o umowę nr ET/U/101/2011 z dnia 29.04.201 1r. w okresie od 18.04.2011r. do 30.12.2011r. Wobec czego, zadanie to mieści się w okresie pięcioletniej realizacji zamówienia przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, który upływał w dniu 01.10.2016r.
Dowód: - aneks nr 1 z dnia 30.11.2011r. do umowy nr ET/U/101/2011 z dnia 29.04.2011r. wraz z protokołem zdawczo-odbiorczym wykonanych prac z tyt. umowy nr ET/U/101/2011 z dnia 19.12.2011r. na okoliczność terminu realizacji zamówienia oraz należytego wykonania zadania w terminie umownym.
W poz. 2 „Wykazu zrealizowanych zamówień w ciągu ostatnich 5 lat” Odwołujący wskazał zadanie w zakresie kompleksowej modernizacji bloku nr 3 o mocy 230 MW w Elektrowni Kozienice z okresem realizacji: 2012 rok.
Potwierdzeniem należytego wykonania, w pełnym zakresie i w wymaganym terminie umownym ww. zamówień, są listy referencyjne wystawione przez zamawiającego ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. , datowane 2012-11-13, w których dodatkowo wykazany został zakres zadania obejmujący między innymi modernizację układu wzbudzania i regulacji napięcia generatora, oraz wykazany został szczegółowy zakres prac obejmujących: wykonanie projektu i dokumentacji technicznej, prefabrykacie i dostawę szaf z aparatura, prace montażowe, prace pomiarowe i rozruchowe, opracowanie i dostarczenie programu prób i pomiarów związanych z uruchomieniem modernizowanych układów elektrycznych, opracowanie i dostarczenie instrukcji eksploatacji.
W poz. 3 „Wykazu zrealizowanych zamówień w ciągu ostatnich 5 lat” Odwołujący wskazał zadanie w zakresie modernizacji układu wyprowadzania mocy TG3 i TG4 dla Elektrowni Skawina o mocy bloku 110 MW, z okresem realizacji: maj 2014 - czerwiec 2015 r. Potwierdzeniem należytego wykonania ww. zamówienia jest list referencyjny wystawiony przez zamawiającego ELEKTROBUDOWA S.A., datowany 2015-07-22, w którym dodatkowo wykazany został zakres prac obejmujących m.in.: dostawę i uruchomienie statycznego układu wzbudzania i regulacji napięcia generatora TG 6.
Stosownie do normy z art. 26 ust. 2 a) Pzp, wykonawca na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym zobowiązany jest wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert, spełnianie warunków, o których

---

mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia. Przy czym, dyrektywę opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, zawiera dyspozycja art. 22 ust. 4 Pzp, zgodnie z którą sposób dokonywania oceny spełnienia postawionego warunku musi być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z powyższą dyrektywą Zamawiający winien dokonać oceny spełnienia przez Odwołującego warunku podmiotowego w zakresie wiedzy i doświadczenia, postawionego w SIWZ pkt. 3.1.2.
Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne jest zobowiązany do określenia: „w sposób możliwie szczegółowy, warunków udziału wykonawców i oceny spełnienia tych warunków. Precyzyjne określenie warunków ma na celu zarówno ochronę interesów potencjalnych wykonawców zgłaszających się do udziału w postępowaniu, jak również zabezpiecza dobrze pojęty interes zamawiającego w sprawnym przeprowadzeniu postępowania, którego celem jest zawarcie umowy, a następnie jej realizacja. Warunki udziału w postępowaniu (w szczególności w zakresie doświadczenia wykonawców) muszą korelować z przedmiotem zamówienia (..)” (zob.: wyrok KIO z dnia 18 lutego 2008 r., KIO/UZP 78/08, www.uzp.gov.pl.
Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest konieczny ze względu na odmienność (specyfikę) każdego zamówienia publicznego (rodzaj zamówienia, wielkość lub zakres) i należy do wyłącznych praw i obowiązków

zamawiającego. Nie jest to jednak prawo absolutne. Ograniczeniami w tym zakresie są art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 Pzp, gdyż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w toku całego postępowania (dyrektywa z art. 7 ust. 1 Pzp). Zamawiający stawiając warunki powinien opisać precyzyjnie zakres robót czy usług, do których jego warunki referują w treści samego opisu warunków, a nie dopiero przy ich interpretacji odwoływać się do własnego przedmiotu zamówienia. Z treści samego warunku powinien wynikać jego zakres i znaczenie (zob.: wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2011 r., KIO 751/11, www.uzp.gov.pl). Odwołujący, przystępując do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i składając ofertę, literalnie odczytał postawiony w SIWZ pkt. 3.1.2. warunek podmiotowy w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż wymóg wykonania zamówienia (w liczbie dwóch), polegającego na wykonaniu i uruchomieniu statycznego układu wzbudzenia na bloku o mocy min. l00MW, nie budził żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Zgodnie z najlepszą wiedzą techniczną odwołujący spełnia postawiony warunek podmiotowy legitymując się doświadczeniem zdobytym

w trakcie realizacji prac w Elektrowni Kozienice polegających na wykonaniu kompleksowej modernizacji układów wzbudzania na bloku o mocy 230 MW. Zakres zadania obejmował każdorazowo prefabrykację, dostawę i uruchomienie szaf. Wykonawca - Energotest spełnia postawiony warunek podmiotowy legitymując się również doświadczeniem zdobytym w trakcie realizacji prac w Elektrowni Skawina, polegających między innymi na dostawie i uruchomieniu statycznego układu wzbudzania i regulacji napięcia generatora TG6 o mocy 110MW.
Mając powyższe na uwadze, Zamawiający podjął niezgodną z prawem decyzję wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp uznając złożoną przez Wykonawcę ofertę za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, czym naruszył przywołane przepisy ustawy poprzez ich zastosowanie. Tym samym, Zamawiający dokonał niezgodnej z prawem czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, wobec nie ziszczenia się przesłanki nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający

Pismem z dnia 6 grudnia 2016 roku zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

I. Brak wykazania przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.
Zamawiający podniósł w pierwszej kolejności, iż odwołanie powinno zostać oddalone z uwagi na brak istnienia po stronie odwołującego legitymacji materialnoprawnej, wymaganej przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.
Skorzystanie ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania warunkowane jest kumulatywnym wykazaniem posiadania Interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody. W przypadku ustalenia, że obie z powyższych przesłanek nie zostały zachowane, odwołujący nie posiada legitymacji czynnej do skorzystania z środka ochrony prawnej, co zwalnia Krajową Izbę Odwoławczą z konieczności merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, a odwołanie wobec braku spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp podlega oddaleniu [tak przykładowo; wyrok KIO z dnia 6 listopada 2015 r„ sygn. akt KIO 2318/16; wyrok KIO z dnia 3 lipca 2014 r„ sygn. akt KIO 1231/14; wyrok KIO z dnia 26 września 2013 r., sygn, akt KIO 2173/13; wyrok SO w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn, akt IX Ga 44/08).

W niniejszej sprawie nie została spełniona przesłanka w postaci poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody przez odwołującego. Powyższy stan rzeczy wynika z faktu, iż odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą. W konsekwencji, po stronie odwołującego nie istnieje możliwość uzyskania zamówienia, a zamawiający nie ma nawet możliwości dokonania wyboru tej oferty, z uwagi na to, że wygasł już termin związania ofertą.
Należy wskazać, że termin składania ofert został ustalony na 16 września 2016 r. godz. 12:00. Zamawiający dokonał sprostowania ogłoszenia o zamówieniu, jak również poinformował o tym fakcie wykonawców pismem z dnia 18 sierpnia 2016 r. W pkt 9.1 SIWZ, Zamawiający zastrzegł, że termin związania ofertą wynosi 60 dni, a bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Jednocześnie w pkt 9.2 SIWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą z tym, że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do Wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Odwołujący złożył ofertę w dniu 15 września 2016 r. Mając na uwadze, że termin składania ofert upłynął w dniu 16 września 2016 r. o godz.12:00, bieg terminu związania ofertą, zgodnie z art.85 ust 5 Pzp, rozpoczął się w dniu 16 września 2016 r,, o godz. 12:00 i upłynął w dniu 16 listopada 2016 r.
Odwołujący przed dniem 16 listopada 2016 r, nie przedłużył terminu związania ofertą. Co istotne/Odwołujący miał świadomość tego, że ewentualne wezwanie Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą mogło nastąpić najpóźniej do dnia 13 listopada 2016 r. (co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą), Wobec braku wezwania, Odwołujący będący podmiotem profesjonalnym, winien samodzielnie podjąć działania chroniące go przed upływem terminu związania ofertą oraz przed skutkami upływu tego terminu, Zarówno przepisy ustawy Pzp, jak i treść SIWZ, dawały odwołującemu możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą.
W niniejszej sprawie wystosowanie przez zamawiającego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą było nieuzasadnione i niecelowe - w świetle decyzji zamawiającego o konieczności unieważnienia postępowania. Co równie istotne, odwołujący nawet po powzięciu informacji o unieważnieniu postępowania i o wykluczeniu z postępowania, miał nadal możliwość przedłużenia terminu związania ofertą, a tym samym uchronienia się przed skutkami wygaśnięcia tego terminu. Informacja o unieważnieniu postępowania i o wykluczeniu Odwołującego została przekazana Odwołującemu w dniu 15 listopada 2016 r. Odwołujący miał nadal 1

---

dzień, by przedłużyć termin związania ofertą, który upływał w dniu 16 listopada 2016 r. Chcąc kwestionować decyzję zamawiającego o unieważnieniu postępowania, dążąc do przywrócenia do postępowania, a finalnie domagając się oceny i wyboru swojej oferty, odwołujący winien był, jako

W konsekwencji, po stronie Odwołującego nie istnieje możliwość uzyskania zamówienia, a Zamawiający nie ma nawet możliwości dokonania wyboru tej oferty, z uwagi na to, że wygasł Już termin związania ofertą.
Należy wskazać, że termin składania ofert został ustalony na 16 września 2016 r. godz. 12:00, Zamawiający dokonał sprostowania ogłoszenia o zamówieniu, jak również poinformował o tym fakcie wykonawców pismem z dnia 18 sierpnia 2016 r. W pkt 9.1 SIWZ, Zamawiający zastrzegł, że termin związania ofertą wynosi 60 dni, a bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Jednocześnie w pkt 9.2 SIWZ, Zamawiający wskazał, że Wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą z tym, że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do Wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Odwołujący złożył ofertę w dniu 15 września 2016 r. Mając na uwadze, że termin

składania ofert upłynął w dniu 16 września 2016 r. o godz, 12:00, bieg terminu związania ofertą, zgodnie z art, 85 ust 5 Pzp, rozpoczął się w dniu 16 września 2016 r,, o godz. 12:00 i upłynął w dniu 16 listopada 2016 r.
Odwołujący przed dniem 16 listopada 2016 r, nie przedłużył terminu związania ofertą. Co istotne/Odwołujący miał świadomość tego, że ewentualne wezwanie Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą mogło nastąpić najpóźniej do dnia 13 listopada 2016 r. (co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą), Wobec braku wezwania, Odwołujący będący podmiotem profesjonalnym, winien samodzielnie podjąć działania chroniące go przed upływem terminu związania ofertą oraz przed skutkami upływu tego terminu, Zarówno przepisy ustawy Pzp, jak i treść SIWZ, dawały Odwołującemu możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą.
W niniejszej sprawie wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą było nieuzasadnione i niecelowe - w świetle decyzji Zamawiającego o konieczności unieważnienia postępowania. Co równie istotne, Odwołujący nawet po powzięciu informacji o unieważnieniu postępowania i o wykluczeniu z postępowania, miał nadal możliwość przedłużenia terminu związania ofertą, a tym samym uchronienia się przed skutkami wygaśnięcia tego terminu.

Sygn. akt KIO 2213/16

Informacja o unieważnieniu postępowania i o wykluczeniu Odwołującego została przekazana Odwołującemu w dniu 15 listopada 2016 r. Odwołujący miał nadal 1 dzień, by przedłużyć termin związania ofertą, który upływał w dniu 16 listopada 2016 r. Chcąc kwestionować decyzję Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, dążąc do przywrócenia do postępowania, a finalnie domagając się oceny i wyboru swojej oferty, Odwołujący winien był, jako podmiot profesjonalny i jako wykonawca, który opiera odwołanie na twierdzeniu o możliwości poniesienia szkody wskutek unieważnienia postępowania i wykluczenia z postępowania, zabezpieczyć swoją ofertę, przedłużając termin związania ofertą.
Odwołujący zaniechał tych działań, przez co pozbawił się podstaw do wykazania przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp w postaci poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody. Ocena spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp dokonywana jest moment wniesienia odwołania.
W niniejszej sprawie odwołanie zostało wniesione w dniu 23 listopada 2016 r., kiedy to oferta Odwołującego nie była już (i nadal nie jest) ofertą, która mogłaby zostać wybrana - z uwagi na upływ terminu związania ofertą i brak przedłużenia tego terminu przez wykonawcę.
W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że:
„Brak możliwości uzyskania zamówienia spowodowany nieprzedłużeniem terminu związania ofertą sam w sobie przesądza o niemożności poniesienia szkody z powodu naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z,p," [tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2471/15),
„Nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął. Od wykonawcy - będącego profesjonalnym podmiotem uczestniczącym w obrocie gospodarczym -wymagana jest szczególna staranność przejawiająca się również w znajomości przepisów p.z.p. i we właściwym ich stosowaniu, Skoro wykonawca nie został wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą, mógł i powinien takiej czynności dokonać samodzielnie" (tak: wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r„ sygn. akt KIO 140/15].
„Niedopuszczalne jest dokonywanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, wśród których znajdują się oferty pozostające w terminie związania ofertą I takich, wobec których termin związania ofertą upłynął, w szczególności w sytuacji, gdy wykonawca świadomie dopuszcza do tego, aby stan związania ofertą upadł. Powyższe powodowałoby naruszenie art. 7 ust 1 p.z.p. i naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Ta nierówność przejawiałaby się w tym, że wykonawca związany złożoną ofertą musi zawrzeć umowę z zamawiającym, natomiast wykonawca nie związany ofertą takiego obowiązku nie ma i może zawrzeć umowę w

sprawie zamówienia publicznego wyłącznie na zasadzie dobrowolności, co nie mieści się w ramach prawnych przetargu nieograniczonego.
W sytuacji wyboru wykonawcy z ofertą, której termin związania wygasł, zamawiający nie mógłby skutecznie gwarantować sobie podpisania umowy, a zatrzymanie wadium mogłoby być skutecznie podważane przez wykonawcę. Tym samym inna jest sytuacja prawna wykonawcy wybranego w dacie związania ofertą i wykonawcy, wybranego po upływie terminu związania ofertą, który bez negatywnych dla siebie konsekwencji finansowych może uchylać się od zawarcia umowy i to także w sytuacji, gdy jego oferta nadal pozostaje zabezpieczona wadium" (tak: wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2016 r, sygn. akt KIO 579/16).
To wykonawca, będący podmiotem profesjonalnym, winien przede wszystkim dbać o utrzymanie stanu związania oferta, Jest to szczególnie widoczne w niniejszej sprawie, gdzie Odwołujący nie miał nawet podstaw, by oczekiwać wezwania od Zamawiającego, skoro Zamawiający unieważnił postępowanie.
Należy podnieść, że instytucja związania ofertą nie może być bagatelizowana lub pomijana w kontekście twierdzeń Odwołującego o możliwości poniesienia szkody, Nie można uznawać, że nie ważne jest, iż wykonawca nie jest związany ofertą, i że nie wpływa to na jego sytuację w postępowaniu, w tym na obowiązek ponownego badania takiej oferty lub jej ewentualny wybór.
Tego rodzaju założenie w istocie prowadziłoby do podważenia instytucji związania ofertą, którą przewiduje art. 85 Pzp. Biorąc pod uwagę wykładnię systemową oraz zasadę racjonalnego ustawodawcy nie sposób uznać, że istnienie tej Instytucji nie wywołuje żadnych skutków prawnych (por. wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 140/15). Przeciwnie, ustawodawca nadał okoliczności związania ofertą znaczenie prawne, skoro wprowadził regulacje dotyczące terminu związania ofertą, możliwości jego przedłużania, sposobu liczenia biegu terminu (art. 85 Pzp), jak również przewidział, że termin ten ulega zawieszeniu w przypadku wniesienia odwołania (art. 182 ust. 6 Pzp) lub w przypadku wszczęcia kontroli uprzedniej (art, 170 ust, 4 Pzp).
W tym aspekcie związanie ofertą należy postrzegać, jako element konstruktywny oferty. Nie jest zatem możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął (przykładowo wyrok KIO 140/15; wyrok KIO z dnia 18 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 217/15 wraz z powołanym tam orzecznictwem sądów okręgowych).
Przywołać należy w tym miejscu także uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058). W uzasadnieniu projektu w zakresie zmiany przepisu art. 85 ust. 2 Pzp wskazano, że: "Przyznanie wykonawcy

uprawnienia do samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą umożliwi zawarcie ważnej umowy w postępowaniach, w których zamawiający nie zwraca się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą."
Z powyższego należy wywieść, że konieczność istnienia stanu związania ofertą została dostrzeżona przez ustawodawcę i jest to okoliczność, która ma istotne znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
Dodatkowo, należy wskazać, że złożona z ofertą gwarancja wadialna została zwrócona Odwołującemu w dniu 15 listopada 2016 r. W tym stanie rzeczy oferta Odwołującego nie tylko nie jest ofertą co do której wykonawca byłby związany, ale ponadto nie jest ofertą zabezpieczoną.
W przypadku dalszego prowadzenia postępowania, na wypadek unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, Odwołujący i tak nie mógłby przedłużyć terminu związania ofertą (gdyż ten już wygasł i nie ma możliwości przedłużania terminu, który raz już się zakończył), a tym samym nie mógłby również wnieść wadium. Powyższe prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający musiałby badać ofertę nie zabezpieczoną wadium, co w świetle przepisów ustawy Pzp nie jest

dopuszczalne. Dodatkowo, przy braku zabezpieczenia oferty poprzez wadium Odwołujący i tak podlegałby wykluczeniu z postępowania.
Wszystko powyższe powoduje, że oferta Odwołującego nie mogłaby zostać wybrana, co jest konsekwencją zaniedbań Odwołującego, a tym samym wykonawca ten nie poniósł i nie może ponieść szkody, o której stanowi art 179 ust. 1 Pzp, W konsekwencji odwołanie winno zostać oddalone, zaś ocena zarzutów postawionych przez Odwołującego staje się nieaktualna, Wskutek zarzucanych Zamawiającemu naruszeń Odwołujący nie poniósł ani nie może ponieść szkody, Przesłanki tej Odwołujący pozbawił się sam, zaniedbując przedłużenie terminu związania ofertą.
Il. Z daleko posunięte) ostrożności procesowej Zamawiający wskazuje jednocześnie, że zarzuty postawione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.
Przede wszystkim należy krytycznie odnieść się do twierdzeń Odwołującego o „rezygnacji" z wymogu wykazania się wykonaniem kompletnego statycznego układu wzbudzania na bloku o mocy minimum 100 MW. Odwołujący dokonuje w tym zakresie nadinterpretacji treści warunku i w istocie zmienia, w korzystny dla siebie sposób i nieprzystający do przedmiotu zamówienia, wymaganą przez Zamawiającego od wykonawców wiedzę i doświadczenie.
Odwołujący wskazał na zmianę warunku zawartego w pkt 111.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu, stwierdzając jednocześnie, że Zamawiający zrezygnował z określenia „kompletności" statycznych układów wzbudzania.

W związku z powyższym należy wskazać, że dokonana zmiana warunku nie była podyktowana pytaniami czy wątpliwościami wykonawców, które referowałyby do obowiązku wykonania i uruchomienia kompletnych statystycznych układów wzbudzania. Zmiana została wprowadzona w odpowiedzi na pytanie nr 1 przedstawione w piśmie z dnia 10 sierpnia 2016 r, Przedmiotowe pytanie w ogóle nie odnosiło się do wymogu „kompletności" a jedynie wskazywało na okres, w jakim zamówienia miały zostać wykonane oraz czy wymóg realizacji co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu i uruchomieniu 2 kompletnych statycznych układów wzbudzania oznacza konieczność wykazania się dwoma zamówieniami, w ramach których w każdym z tych zamówień zostały wykonane i uruchomione po 2 statyczne układy wzbudzania.
Zamawiający w odpowiedzi wskazał, że w celu rozszerzenia konkurencji przedłużył okres do 5 lat oraz zmodyfikował warunek w ten sposób, że za wystarczające będzie uznawał, gdy wykonawca przedstawi co najmniej dwa zamówienia, w których każdorazowo wykonano i uruchomiono jeden statyczny układ wzbudzania.
Zmiana polegała tym samym na obniżeniu konieczności wykonania w ramach każdego z dwóch zamówień po 2 statyczne układy wzbudzania na konieczność wykonania w ramach każdego z dwóch zamówień po 1 statycznym układzie wzbudzenia.
W ten właśnie sposób Zamawiający postanowił otworzyć postępowanie na większą konkurencję umożliwiając udział w postępowaniu wykonawcom, którzy nie dysponują wiedzą i doświadczeniem w jednoczesnym wykonaniu dwóch układów w ramach dwóch oddzielnych zamówień, lecz są w stanie wylegitymować się wykonaniem i uruchomieniem po jednym układzie w ramach dwóch oddzielnych zamówień.
Z uwagi na to, że pytanie dotyczące warunku udziału w postępowaniu w ogóle nie podnosiło kwestii obowiązku wykonania kompletnych układów, oczywistym jest, że Zamawiający udzielając na nie odpowiedzi i dokonując modyfikacji warunku nie zmienił wymogu w sposób tak diametralny, jak przedstawia to Odwołujący, a więc nie odszedł od wymagania, by wiedza i doświadczenie wykonawców dotyczyło wykonania kompletnych statycznych układów wzbudzania.
Powyższe nie odpowiadałoby przedmiotowi zamówienia i czyniłoby warunek udziału w postępowaniu warunkiem nie związanym z przedmiotem zamówienia. Gdyby uznać twierdzenia Odwołującego, że nie było koniecznym wykazanie się wykonaniem i uruchomieniem kompletnego statycznego układu wzbudzania, wówczas za wystarczające należałoby uznawać doświadczenie wykonawcy w wykonaniu tylko

elementu tego układu, co prowadziłoby do pozbawienia sensu stawianych wymogów i skutkowałoby możliwością dopuszczenia do realizacji zamówienia wykonawcy, który

nie daje gwarancję należytego wykonania zamówienia, Czym innym jest bowiem doświadczenie w wykonaniu tylko Jednego z elementów układu, którego całościowe wykonanie i uruchomienie stanowi skomplikowany proces techniczny i inżynieryjny, a czym innym wykonanie kompletnego statycznego układu wzbudzania, Należy podkreślić, że Zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu i uruchomieniu statycznych układów wzbudzania, co już świadczy, Iż treścią oraz istotą warunku, było by wykonawca posiadał całościową wiedzę i doświadczenie w przeprowadzeniu tego procesu.
Dodatkowo, koniecznym jest zwrócenie uwagi na przedmiot niniejszego zamówienia, który obejmuje modernizację układów wzbudzenia generatorów TGH - 120, produkcji Dolmel o mocy czynnej 120 MW, mocy pozornej 150 MVA, napięciu znamionowym 13,8 kV, Modernizacją objęte będą generatory nr 7, 8,9,10 w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie.
Na realizację tego zadania składa się szereg obowiązków szczegółowo opisanych w pkt 1 S1WZ oraz w Opisie przedmiotu zamówienia. Co Istotne, Zamawiający wskazał, że Wykonawca wykonuje przedmiot zamówienia z formułą „pod klucz". Zgodnie z treścią SIWZ formuła "pod klucz" oznacza kompleksowe wykonanie przez Wykonawcę całości prac we wszystkich branżach w celu realizacji przedmiotu umowy, w tym wykonanie niezbędnych prac projektowych, wykonanie prac obiektowych, dostarczenie materiałów, elementów konstrukcyjnych, części zamiennych, aparatury, kabli, instalacji i urządzeń, wykonanie niezbędnych przekładek (przed rozpoczęciem demontażu) i demontaży, zabudowę i uruchomienie urządzeń i instalacji wraz z wykonaniem wszystkich robót towarzyszących i wykończeniowych, zapewniających kompletność i gotowość urządzeń wraz z instalacjami do eksploatacji.
Interpretacja warunku prezentowana przez Odwołującego abstrahuje od przedmiotu zamówienia, w szczególności od tego, że wykonawca będzie musiał zrealizować zadanie w sposób całościowy. Tym samym, koniecznym było by wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonaniu kompletnego statycznego układu wzbudzaniu, a nie jedynie doświadczeniem w realizacji jednego z elementów takiego układu.
Na etapie postępowania Odwołujący wiedział, że treścią warunku udziału w postępowaniu objęta jest konieczność wykazania się wykonaniem kompletnych statycznych układów wzbudzania. Zamawiający dał temu także wyraz w treści wezwania Odwołującego z dnia 14 października 2016 r. W wezwaniu Zamawiający podał, że zadania z poz. 1, 2, 4 Wykazu usług dotyczą „jedynie regulatora napięcia układu wzbudzenia". Odwołujący miał więc świadomość, że zastrzeżenia Zamawiającego związane są z tym, że przedstawione w Wykazie zamówienia nie

polegają na wykonaniu I uruchomieniu kompletnego statycznego układu wzbudzania, a jedynie dotyczą jednego z elementów składających się na ten układ, co nie odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu. Z tego też względu Odwołujący został wezwany do potwierdzenia rzeczywistego zakresu prac, bądź do uzupełnienia Wykazu i referencji na podstawie art 26 ust 3 Pzp.
Odwołujący pomija te fakty i na etapie odwołania próbuje przedstawić korzystną dla siebie wykładnię treści warunku, pomimo tego, że tak rozumiany warunek, jak czyni to odwołujący, nie przystaje do przedmiotu zamówienia, nie został zmieniony z uwagi na kwestię kompletności, co odwołującemu było wiadome, jak również odwołujący został wezwany do wyjaśnień lub uzupełnienia Wykazu właśnie z uwagi na to, że przedstawione w Wykazie usługi dotyczyły wykonania jedynie elementu układu, a nie kompletnego statycznego układu wzbudzania.

Odwołujący nie zaskarżył treści SIWZ, ani nie zaskarżył czynności wezwania, tak więc nie ma obecnie podstaw, by narzucać Zamawiającemu korzystną dla siebie wykładnię treści warunku udziału w postępowaniu.
Należy następnie podkreślić, że zadania wskazane w pkt 1, 2 i 4 Wykazu usług (str. 19 oferty Odwołującego) nie dotyczą realizacji kompletnego statycznego układu wzbudzania. Złożone referencje również nie stanowią potwierdzenia, że Odwołujący wykonał w ramach realizacji tych zamówień kompletne statyczne układy wzbudzania. Zamawiający dostrzegł powyższe i z tego też względu wezwał Odwołującego do potwierdzenia rzeczywistego zakresu prac lub złożenia nowego wykazu i referencji. Otrzymane wyjaśnienia nie potwierdziły realizacji kompletnych statycznych układów wzbudzania. Odwołujący przedstawił przy tym wyjaśnienia odnosząc się zbiorczo do bloków nr 3 - 5 w Elektrowni Kozienice, podczas, gdy każdy z tych bloków objęty był odrębnym zamówieniem.
Złożone protokoły (str. 23 -26 oferty Odwołującego) przedstawiają rzeczywisty zakres prac, jaki był wykonywany przez Odwołującego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego dokumenty te nie prezentują jedynie wycinka prac, jaki był realizowany na danym etapie zamówienia, ale dokumentują to, co zostało rzeczywiście wykonane przez Odwołującego. Usługa podana w pkt 4 Wykazu usług została zrealizowana w czerwcu 2016 r., taką też datę nosi protokół ze str. 26 oferty Odwołującego. Nie dowodzi on wykonania statycznego układu wzbudzania, podobnie jak protokół z dnia 1 marca 2016 r. (str. 23 oferty Odwołującego), gdzie z elementów, które składają się na statyczny układ wzbudzania (tj. prostowników wzbudzenia, regulatora napięcia, wyłącznika wzbudzenia - § 11 ust 4 wzoru umowy) Odwołujący wykonał jedynie dostawę szafy układu wzbudzania - regulator napięcia (pkt 3.8 protokołu).

W ramach powyższej usługi Odwołujący wykonał i uruchomił jedynie regulator napięcia do statycznego układu wzbudzania, przy pozostawieniu pozostałych części statycznego układu wzbudzania bez zmian. Powyższe odnosi się również do zadań wskazanych w poz. 1 i 2 Wykazu usług.
W konsekwencji, Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tym samym podlegał wykluczeniu z postępowania i Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art 24 ust.2 pkt 4Pzp.
W związku z wykluczeniem Odwołującego z postępowania jego oferta podlegała z mocy prawa odrzuceniu na mocy art. 24 ust 4 Pzp. Podanie przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania przepisu art 85 ust. 1 pkt 5 Pzp należy postrzegać, jako pomyłkę redakcyjną, gdyż niniejsze postępowanie nie było postępowaniem dwuetapowym, zaś oferta Odwołującego musiała zostać uznana za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. Zaistniała pomyłka nie miała ani nie może mieć wpływu na wynik postępowania.
Wobec zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania zarzut dotyczący naruszenia art 93 ust 1 pkt 1 Pzp, nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie zgadza się również z zarzutem naruszenia art. 93 ust 3 pkt 2 Pzp. Postępowanie unieważniono na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, co zostało podane w treści zawiadomienia z dnia 15 listopada 2016 r. Zamawiający przedstawił jednocześnie okoliczności (a więc 1 uzasadnienie) faktyczne, które skutkowały koniecznością unieważnienia postępowania, wskazując przyczyny wykluczenia wykonawców z postępowania oraz powody odrzucenia ich ofert. Odwołujący miał przy tym wiedzę, co do przyczyn wykluczenia go z postępowania. Znał w szczególności zastrzeżenia Zamawiającego, którym Zamawiający dał już wcześniej wyraz w treści wezwania z dnia 14 października 2014 r.
Przepisy ustawy Pzp nie określają szczegółowości uzasadnienia decyzji Zamawiającego. Istotne jest to, czy wykonawca wie, z jakich powodów został wykluczony bądź dlaczego jego oferta została odrzucona. W tej sprawie Odwołujący taką wiedzę miał, potwierdza to także wniesione odwołanie, w którym odwołujący nie miał problemów ze zidentyfikowaniem przyczyn wykluczenia go z postępowania. Tak więc sam Odwołujący potwierdza, że zrozumiałe były dla niego podstawy i powody

wykluczenia z postępowania. Z tego też względu, wbrew twierdzeniom Odwołującego, uzasadnienie unieważnienia postępowania było wystarczające i zrozumiałe, Treść tego uzasadnienia nie uniemożliwiła, ani nie ograniczała Odwołującemu możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.
Z ostrożności należy wskazać, że nawet w przypadku podzielenia przez Izbę twierdzeń Odwołującego w tym zakresie, to w świetle powyższych okoliczności,

zwłaszcza mając na względzie, że Odwołujący wiedział o zastrzeżeniach Zamawiającego i powodach uznania braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podnoszony przez Odwołującego zarzut nie miał, ani nie może mieć wpływu na wynik postępowania, a tym samym nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.
Zamawiający wnosi również o krytyczną ocenę zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust, 1 Pzp i art. 22 ust, 4 Pzp (pkt 3 według numeracji odwołania),
Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków Odwołujący mógł kwestionować na etapie specyfikacji. Obecnie Jest to zarzut spóźniony,
Zamawiający wskazuje jednocześnie, że to przyjęcie interpretacji Odwołującego skutkowałoby niezachowaniem reguł adekwatności i proporcjonalności. Stanowiłoby również o nierównym traktowaniu wykonawców, którzy mieli obowiązek wykazania się wiedzą i doświadczeniem- w realizacji kompletnych statycznych układów wzbudzania, a nie jak Odwołujący wiedzą i doświadczeniem w realizacji elementu tego układu, przy pozostawieniu pozostałych części statycznego układu wzbudzania bez zmian.
W świetle powyższej argumentacji nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia art 91 ust. 1 Pzp.
Reasumując, Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w toku którego wniesiono niniejsze odwołanie jest usługa pod nazwą: „Modernizacja układów wzbudzenia generatorów TGH-120 nr 7, 8, 9, 10 zainstalowanych w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie”.

Zawisły przed Izbą spór dotyczy posiadania i wykazania wymaganego doświadczenia i wiedzy niezbędnych do wykonania zamówienia przez odwołującego.

W związku z tym należało ustalić jak brzmiał warunek podmiotowy w tym zakresie oraz jak ten warunek odwołujący wypełnił.

Na podstawie dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego przekazanej przez niego do akt sprawy Izba ustaliła poniżej przedstawiony stan faktyczny i prawny sprawy.

W toku postępowania przed terminem składania ofert zamawiający dokonał modyfikacji warunku podmiotowego w zakresie wiedzy i doświadczania w dniu 10.08.2016r. odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców oraz w celu zwiększenia konkurencyjności postępowania.
I tak po zmianie warunek otrzymał następującą treść:
„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie, w szczególności wykonali samodzielnie lub w konsorcjum, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch zamówień polegających każdorazowo na wykonaniu i uruchomieniu jednego statycznego układu wzbudzenia na bloku o mocy minimum 100 MW. (...)"
Na potwierdzenie spełnienia ww. postawionego warunku, zamawiający wymagał dokumentów określonych w pkt. 3.1.2.SIWZ: „(...) złożenia dokumentów należyte prac w wyżej zakresie. potwierdzających wykonanie opisanym
Potwierdzeniem należytego wykonania prac może być podpisany przez strony protokół odbioru końcowego prac lub przekazania do eksploatacji zawierający informację o zakresie prac i ich wartości. Dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług mogą być: 1) poświadczenie (np. referencja); 2) oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1. Potwierdzeniem należytego wykonania prac może być podpisany przez strony protokół odbioru końcowego prac lub przekazania do eksploatacji zawierający informację o zakresie i wartości prac.".
Z cytowanych powyżej dokumentów wynika, że wykonawca miał wykazać się doświadczeniem i wiedzą nabytą w związku z co najmniej dwóch zamówień polegających każdorazowo na wykonaniu i uruchomieniu jednego statycznego układu wzbudzenia na bloku o mocy minimum 100 MW.

Z powyższego postanowienia wynika wymóg zrealizowania dwóch zamówień każdorazowo polegających na wykonaniu i uruchomieniu układu wzbudzenia na bloku o mocy minimum 100MW.

Szczegółowy zakres prac do wykonania w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego został opisany w SIWZ w tym we wzorze umowy i przedstawia się następująco:
obejmuje on modernizację układów wzbudzenia generatorów TGH - 120, produkcji Dolmel o mocy czynnej 120 MW, mocy pozornej 150 MVA, napięciu znamionowym 13,8 kV. Modernizacją objęte będą generatory nr 7, 8,9,10 w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie.
Zamawiający wskazał, że Wykonawca wykonuje przedmiot zamówienia z formułą „pod klucz". Zgodnie z treścią SIWZ formuła "pod klucz" oznacza kompleksowe wykonanie przez Wykonawcę całości prac we wszystkich branżach w celu realizacji przedmiotu umowy, w tym wykonanie niezbędnych prac projektowych, wykonanie prac obiektowych, dostarczenie materiałów, elementów konstrukcyjnych, części zamiennych, aparatury, kabli, instalacji i urządzeń, wykonanie niezbędnych przekładek (przed rozpoczęciem demontażu) i demontaży, zabudowę i uruchomienie urządzeń i instalacji wraz z wykonaniem wszystkich robót towarzyszących i wykończeniowych, zapewniających kompletność i gotowość urządzeń wraz z instalacjami do eksploatacji.

Z powyższego opisu zamawiającego wynika, że będą to roboty pod klucz obejmujące sporządzenie dokumentacji technicznej, przygotowanie obiektu do modernizacji wraz z koniecznymi demontażami, montażami jak i robotami towarzyszącymi i wykończeniowymi wraz z uruchomieniem i odbiorem gwarantującym eksploatację układu wzbudzenia mocy na bloku czyli kompleksowe roboty.

Natomiast odwołujący składając ofertę w wykazie zaprezentował następujące zrealizowane zamówienia: polegające na wykonaniu i uruchomieniu kompletnych statycznych układów wzbudzania na blokach o mocy minimum 100 MW

Lp. Zakres zamówienia Moc bloku MW Termin realizacji Zamawiający
1. Kompleksowa modernizacja bloku nr 4 o mocy 230MW w Elektrowni 230MW rok 2011 ENEA Wytwarzanie S.A. Kozienice
2. Kompleksowa modernizacja bloku nr 3 o mocy 230MW w Elektrowni rok 2012 ENEA Wytwarzanie S.A. Kozienice 230MW

3. Modernizacja układu wyprowadzenia mocy TG3 i TG6 dla Elektrowni Skawina 110MW maj 2014r.- czerwiec 2015r.Elektrobudowa S.A.
4. Wykonanie modernizacji zabezpieczeń elektrycznych bloku nr 5 w Elektrowni Kozienice 225 MW listopad 2015r. - czerwiec 2016r. ENEA Wytwarzanie S.A.

Dla potwierdzenia powyższych informacji w załączeniu przedstawił stosowne listy referencyjne oraz protokoły zdawczo-odbiorcze. Z listów referencyjnych wynikało, że prace były wykonane z należytą starannością: powierzone prace zostały wykonane w pełnym zakresie i w terminie wymaganym przez Zamawiającego czy Współpraca z firmą przebiegała pomyślnie. Podmiot w swojej pracy wykazał się solidnością działania; jako klient rekomendujemy firmę Energotest Sp. z o.o. jako rzetelnego partnera biznesowego.
Z udzielonych referencji czy protokółów odbiorów wynikało, że odwołujący wykonywał Kompleksowa modernizacja bloku nr 4 o mocy 230MW; Kompleksowa modernizacja bloku nr 3 o mocy 230 MW na rzecz ENEA Wytwarzanie S.A.; Prace związane z modernizacją układu wyprowadzenia mocy TG3 i TG6 dla Elektrowni Skawina na rzecz Elektrobudowa S.A. oraz protokoły Zdawczo – Odbiorcze zamawiający ENEA blok nr 5 modernizacja Aparatury Kontrolno-Pomiarowej i Automatyki oraz modernizacja zabezpieczeń na tymże bloku, w którym szczegółowo wymienia się prace oraz projekty wykonawcze dla potrzeb modernizacji bloku nr 5. Z kolei na bloku nr 4 i 3 nazwanymi „kompleksowymi modernizacjami bloku nr 4 i nr 3 w zakresie prac wymienia się: Dla bloku nr 4: Wykonanie modernizacji zabezpieczeń elektrycznych bloku nr 4; Wykonanie modernizacji układu wzbudzenia i regulacji napięcia generatora nr 4; Wykonanie modernizacji systemu sterowania, nadzoru i wizualizacji wyprowadzenia mocy bloku nr 4; Wykonanie modernizacji systemu sterowania, nadzoru i wizualizacji rozdzielni 6kV P4A i P4B; Wykonanie modernizacji automatyki SZR i PPZ rozdzielni 6kV i 0,4kV potrzeb własnych bloku nr 4; Wykonanie układu synchronizacji, rejestracji bloku nr 4; Wykonanie aranżacji nastawni z tablicą mozaikową i pulpitem operatorskim w zakresie części elektrycznej a Szczegółowy zakres prac obejmował: Wykonanie projektu i w tym dokumentacji technicznej, dokumentacji powykonawczej; Prefabrykacja i dostawa szaf z aparaturą; Prace montażowe; Prace i prób i pomiarowe i rozruchowe; Opracowanie dostarczenie programu pomiarów związanych z uruchomieniem modernizowanych układów elektrycznych; Opracowanie i dostarczenie instrukcji eksploatacji dotyczących przedmiotowego zakresu. Z kolei dla bloku nr 3 o mocy 230 MW wymienia się jako Kompleksową modernizację bloku nr 3 i jako wykonane roboty: Wykonanie modernizacji zabezpieczeń elektrycznych bloku nr 3; Wykonanie modernizacji układu wzbudzenia i regulacji napięcia generatora nr 3; Wykonanie modernizacji systemu sterowania, nadzoru i wizualizacji wyprowadzenia mocy bloku nr 3;Wykonanie modernizacji systemu sterowania, nadzoru i wizualizacji rozdzielni

---

6kV P3A i P3B; Wykonanie modernizacji obwodów wtórnych wraz z wymianą zabezpieczeń pól rozdzielni 6kV P3A i P3B; Wykonanie modernizacji automatyki SZR i PPZ rozdzielni 6kV i 0,4kV potrzeb własnych bloku nr 3;Wykonanie układu synchronizacji, rejestracji wraz z RWD na bloku nr 3; Wykonanie aranżacji nastawni z tablicą mozaikową i pulpitem operatorskim w zakresie części i dokumentacji elektrycznej a Zakres prac obejmował: Wykonanie projektu technicznej, w tym dokumentacji powykonawczej; Prefabrykacja i dostawa szaf z i aparaturą; Prace montażowe; Prace pomiarowe i rozruchowe; Opracowanie dostarczenie programu prób i pomiarów związanych z uruchomieniem

modernizowanych układów elektrycznych; Opracowanie i dostarczenie instrukcji eksploatacji dotyczących przedmiotowego zakresu. Z kolei dla Elektrobudowa SA Oddział Spółki Rynek Wytwarzania Energii w Katowicach firma Energotest Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Chorzowskiej 44B wykonała prace związane z modernizacją układu wyprowadzenia mocy TG3 i TG6 dla Elektrowni Skawina. Zakres prac obejmował: Wykonanie kompletnego projektu technicznego układu zabezpieczeń, sterowania i synchronizacji wraz z istniejącymi powiązaniami obiektowymi TG3 i TG6; Prace związane z przywróceniem sprawności układów zabezpieczeń i wizualizacji TG3; Prace związane z rozbudową systemu sterowania i nadzoru Econtrol - włączenie do systemu TG6; Prace związane z modernizacją układów: sterowania, zabezpieczeń, synchronizacji, pomiarów i rejestracji TG6; Dostawa i uruchomienie statycznego układu wzbudzenia i regulacji napięcia generatora TG6; Dostawa urządzeń i uruchomienie układów SZR i PPZ oraz uruchomienie zmodernizowanych pól rozdzielni 6kV; Opracowanie instrukcji eksploatacji; Szkolenie obsługi inwestora.

Z powyżej przedstawionego Wykazu wynika, że prace nazwano jako modernizacje w czterech wymienionych przypadkach zarówno prace dla ENEA Wytwarzanie S.A. poz. Poz.1;2;4 Wykazu jak i dla Elektrobudowy S.A. poz. 3 Wykazu. Z kolei z treści referencji wynika, że oprócz innych prac na bloku Nr 4 i 3 jeżeli chodzi o układ wzbudzenia i regulację napięcia generatora 4;3; to wynika: wykonanie modernizacji układu wzbudzenia i regulacji napięcia generatora (punkty 3 listów referencyjnych). Z kolei jeśli chodzi o blok 5 to w zakresie rodzaju prac mówi się między innymi o dostawie – szafy układu wzbudzenia – regulator napięcia pkt 3.8. protokołu zdawczo odbiorczego zakres prac a w opracowaniu dokumentacji projektowej w zakresie przekazanych projektów wykonawczych dla potrzeb modernizacji bloku nr 5 mówi się między innymi o modernizacji układu wzbudzenia generatora bloku nr 5. Z kolei z listu referencyjnego Elektrobudowy dla zadania o nazwie: prace związane

z modernizacją układu wyprowadzenia mocy TG3 i TG6 dla Elektrowni Skawina mówi się miedzy innymi o „dostawie i uruchomieniu statycznego układu wzbudzenia i regulacji napięcia generatora TG 6.

Zamawiający po złożeniu ofert w dniu 14.10.2016 roku wezwał odwołującego: na podstawie art. 26 ust. 4 pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących zamieszczonego w ofercie Wykazu prac zrealizowanych w ciągu ostatnich 5 lat. Zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy wykażą się wykonaniem „samodzielnie lub w konsorcjum, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch zamówień polegających każdorazowo na wykonaniu i uruchomieniu jednego statycznego układu wzbudzenia na bloku o mocy minimum 100 MW (...)".
W przedstawionym w Państwa ofercie wykazie zrealizowanych zamówień, tego typu prace wykonane dla Enea Wytwarzanie SA, wykazane w pozycjach 1, 2 i 4 (str. 19 oferty) oraz na podstawie dołączonych protokołów (str. 23 i 24 oferty), dotyczą jedynie regulatora napięcia układu wzbudzenia.
Prosimy o potwierdzenie rzeczywistego zakresu wykonanych prac, z którego jednoznacznie będzie wynikać spełnienie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu określonego w punkcie III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 3.1.2 Instrukcji dla Wykonawców zgodnie z modyfikacją z 10.08.2016. Jeżeli dla wykazania spełnienia warunku będzie wymagane uzupełnienie wykazu lub referencji wzywamy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu o pozycję spełniającą wymaganie postawione w punkcie 3.1.2 Instrukcji dla Wykonawców oraz dołączenie referencji potwierdzającej należyte wykonanie prac.

Z powyższego pisma wynika, że według oceny zamawiającego tylko praca

wymieniona w poz.3 Wykazu spełnia warunek udziału a w pozostałym zakresie prace dotyczą jedynie regulatora napięcia układu wzbudzenia. W związku z zaistniałą sytuacją zamawiający prosi o potwierdzenie rzeczywistego zakresu wykonanych prac, z którego jednoznacznie będzie wynikać spełnienie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu.

Odwołujący w dniu 19.10.2016 roku udzielił następującej odpowiedzi, z której wynika, że referencje stanowiące załączniki do Wykazu prac przedstawionych w ofercie potwierdzają rzeczywisty zakres wykonanych prac na wskazanych obiektach

przez odwołującego. Odwołujący dalej stwierdził, że (…)"przedstawione w Wykazie prace wybrane zostały w oparciu o spełnienie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu zgodnie z modyfikacją z dnia 10.08.2016r. tj. wskazaniu "(...) co najmniej dwóch zamówień polegających każdorazowo na wykonaniu i uruchomieniu jednego statycznego układu wzbudzenia na bloku o mocy minimum 100MW (...)", Wykonane prace na wskazanych obiektach były kompleksowe, co potwierdzają otrzymane referencje od Inwestora w przeciwieństwie do protokołów, które opisują jedynie poszczególne prace i dostawy wykonane na danym etapie realizacji zgodne z harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiące jedynie część realizowanego przedsięwzięcia.
Dodatkowo nadmienili, iż w ramach dostaw i prac w układzie wzbudzenia dla bloków nr 3-5 w Elektrowni Kozienice wykonano:
1.Projekt techniczny układu wzbudzenia i regulacji napięcia.
2.Dostawę dwukanałowego regulatora napięcia zawierającego w każdym kanale regulacji:
-regulator napięcia generatora, prądu wzbudzenia i mocy biernej
-komplet ograniczników regulacji,
-dwuwejściowy stabilizator systemowy,
-układ zabezpieczeń wewnętrznych,
-rejestrator zakłóceń zdarzeń i trendów,
-układ monitoringu całości układu wzbudzenia.
3.Modernizację prostowników tyrystorowych oraz dostosowano je do współpracy z nowym regulatorem napięcia poprzez:
-dostarczenie nowych układów sterowania fazowego i wzmacniaczy impulsów bramkowych niezależnie dla każdego kanału regulacji,
-wykonano nowy układ sterowania wentylatorami chłodzącymi,
-wykonano nowy układ kontroli przepalenia bezpieczników, temperatury prostowników, kontroli położenia odłączników i redundantny układ zasilania napięciami pomocniczymi,
-prostownik wprowadzono do monitoringu układu wzbudzenia.
4.Przeprowadzono pełne badania, wykonano naprawę/wymianę elementów wchodzących w skład szaf prostowników tyrystorowych oraz szaf układów odwzbudzania. Wykonano pomiary transformatora wzbudzenia.
5.Układ odwzbudzania generatora przystosowano do współpracy z nowym regulatorem napięcia:
-dostarczono nowe izolowane, szybkie przetworniki pomiarowe prądu i napięcia

wzbudzenia do każdego kanału regulacji współpracujące z nowym regulatorem napięcia.
6.Wprowadzono do monitoringu układu wzbudzenia trójstopniowy pomiar temperatury transformatora wzbudzenia,
7.Układ klimatyzacji pomieszczenia wzbudzenia wraz z automatyką.
8.Układ wzbudzenia do nadrzędnego komputerowego systemu sterowania.

9.Badania po montażowe całości układu wzbudzenia, próby funkcjonale i próby uruchomieniowe.
Odwołujący w odpowiedzi udzielonej zamawiającemu pismem z dnia 19.10.16 r. podsumowując powyższe wyjaśnienia co do zakresu jego robót na blokach nr 3;4;5 na elektrowni Kozienice stwierdza jak poniżej.
Z wyliczonych prac w wyjaśnieniach wynika, że „prace wykonane na rzecz ENEA Wytwarzanie S.A. na blokach nr 3, 4 i 5 w Elektrowni Kozienice przedstawione przez nas w Wykazie prac nie dotyczą jedynie regulatora napięcia układu wzbudzenia a tym samym wyczerpują przesłanki warunku podmiotowego udziału w rzeczonym postępowaniu."

Z prowadzonego przez zamawiającego protokółu postępowania wynika, że zamawiający wykluczył obydwu wykonawców, którzy złożyli oferty wskazując w obydwu przypadkach na art. 24 ust.2 pkt 4 pzp z zastosowaniem art.26 ust.3 pzp. a w konsekwencji obydwie oferty odrzucono na podstawie art.89 ust.1 pkt 5 pzp. W protokole zaznaczono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważniono.

Zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2016 roku na podstawie art. 93 ust. 3 pkt. 2) pzp poinformował odwołującego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr 16DFZZ236 na „Modernizację układów wzbudzenia generatorów TGH-120 nr 7, 8, 9, 10 zainstalowanych w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie".
Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.
Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu z postępowania Instytutu Energetyki, ul. Mory 8, 01-330 Warszawa, Oddział Gdańsk, ul. Mikołaja Reja 27, 80-870 Gdańsk, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, firma Instytut Energetyki nie złożyła aktualnej na dzień składania ofert

informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Dyrektora T. G. .
Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty firmy Instytut Energetyki, ul. Mory 8, 01-330 Warszawa, Oddział Gdańsk, ul. Mikołaja Reja 27, 80-870 Gdańsk, na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 5 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.
Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu z postępowania Energotest Sp. z o.o., ul. Chorzowska 44B, 44-100 Gliwice, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, firma Energotest Sp. z o.o. nie wykazała się wykonaniem samodzielnie lub w konsorcjum, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej dwóch zamówień polegających każdorazowo na wykonaniu i uruchomieniu jednego statycznego układu wzbudzenia na bloku o mocy minimum 100 MW.
Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty firmy Energotest Sp. z o.o., ul. Chorzowska 44B, 44-100 Gliwice, na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 5 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.
W załączeniu odesłano Gwarancję Ubezpieczeniową Nr GWo/330/2016/041-00-00-00.

Odwołujący, jak w stanowiskach stron przedstawionych powyżej, wniósł odwołanie zaskarżając czynność zamawiającego zarzucając brak uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia odwołującego a w konsekwencji odrzucenia jego oferty w związku z unieważnieniem postępowania przywołując art.93 ust.3 pkt 2) w związku z art.93 ust.1 pkt 1) a z ostrożności procesowej podniósł wywód co do spełnienia

warunku doświadczenia zawodowego i wiedzy przywołując naruszenie art.24 ust.2 pkt 4) i art.22 ust.1 pkt 2) w konsekwencji naruszenie art.91 ust.1 i art.7 ust.1 i art.22 ust.4 pzp wnosząc o uwzględnienie odwołania.
Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie przedstawiając stanowisko w sprawie jak powyżej wnosząc o oddalenie odwołania podnosząc zarzut nie spełnienia warunku doświadczenia i wiedzy w zakresie wykonania i uruchomienia dwóch układów wzbudzenia generatorów na bloku energetycznym. Ponadto podniosą zarzut braku interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego w związku z upływem terminu związania ofertą i brakiem ze strony odwołującego przedłużenia terminu związania ofertą co uniemożliwia wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w ramach postępowania dowodowego w sprawie przywołał

następujące stanowiska ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o., na rzecz której wykonano zamówienie z poz.1;2;4 Wykazu do oferty jak i opinię Politechniki Śląskiej Wydział Elektryczny Instytut Elektrotechniki i Informatyki sporządzonej przez Dyrektora Instytutu prof. dr hab. inż. S. P. .
I tak z pisma ENEA wynika: w dniu 23.11.2016 udzielono odpowiedzi:
1. Przedsiębiorstwo Energotest Sp. z o.o. wykonało i uruchomiło układy wzbudzenia statycznego na blokach nr 3, 4 i 5 w Elektrowni Kozienice. Prace zostały wykonane kompleksowo we wszystkich branżach.
2. Ze względu na gruntowną, wielobranżową przebudowę układu wzbudzenia statycznego na blokach nr 3 ,4 i 5 w ENEA Wytwarzanie Sp. z o. o., w tym dostawę i wymianę regulatora napięcia generatora, przedsiębiorstwo realizujące tego typu modernizacje musiało legitymować się taką samą wiedzą i doświadczeniem jak w przypadku wymiany wszystkich szaf w układzie wzbudzenia.
3.Wykonane należycie i w wymaganych przez Państwa terminach umownych prace modernizacyjne na blokach 3, 4 i 5 w Elektrowni Kozienice potwierdzają kompetencje
przedsiębiorstwa Energotest Sp. z o. o. do kompleksowego wykonania i uruchomienia
statycznych układów wzbudzenia.

W ocenie Izby pismo to stanowi potwierdzenie doświadczenia i wiedzy w związku z pracami
modernizacyjnymi na blokach 3, 4 i 5 w Elektrowni Kozienice równoznacznego z wykonaniem i uruchomieniem układu wzbudzenia o czym świadczy stwierdzenie, że „ze względu na gruntowną, wielobranżową przebudowę układu wzbudzenia statycznego na blokach nr 3 ,4 i 5 w ENEA Wytwarzanie Sp. z o. o., w tym dostawę i wymianę regulatora napięcia generatora, przedsiębiorstwo realizujące tego typu modernizacje musiało legitymować się taką samą wiedzą i doświadczeniem jak w przypadku wymiany wszystkich szaf w układzie wzbudzenia .

Powyższe stanowisko jak ENEA Wytwarzanie Sp. z o. o. prezentuje Instytut Elektrotechniki i Informatyki Wydział Elektryczny Politechniki Śląskiej, w której sporządzający opinię Dyrektor Instytutu prof. dr hab. inż. S. P. udzielając odpowiedzi na zadane pytanie na podstawie przekazanego materiału przez odwołującego kwituje „Opinię opracowano w odpowiedzi na pismo nr ET/4934/2016 przedsiębiorstwa Energotest sp. z o. o.
Po zapoznaniu się z przedstawionymi materiałami i na podstawie własnego

wieloletniego doświadczenia w dziedzinie zastosowania układów regulacji napięcia generatorów synchronicznych pracujących w systemie elektroenergetycznym stwierdzam co następuje:

1.Potwierdzam, że tak gruntowna i wielobranżowa modernizacja statycznych układów wzbudzenia jaka miała miejsce w blokach nr 3, 4 i 5 Elektrowni Kozienice w Enea Wytwarzanie sp. z o. o. wymagała od przedsiębiorstwa podejmującego się realizacji tego typu modernizacji takiej samej wiedzy i doświadczenia jak w przypadku wymiany wszystkich szaf w układzie wzbudzenia.
2.Potwierdzam, że wykonane w Elektrowni Kozienice prace modernizacyjne w blokach 3, 4 i 5 potwierdzają kompetencje przedsiębiorstwa Energotest sp. z o. o. do kompleksowego wykonywania i uruchamiania statycznych układów wzbudzenia.
3.Potwierdzam, że zakres modernizacji szaf układu wzbudzenia (w tym szaf prostownikowych) wymaga posiadania przez przedsiębiorstwo takich samych kompetencji jak przy wymianie szaf prostownikowych. Opinia zawiera na tę okoliczność stosowne uzasadnienie.

W ocenie Izby zarówno stanowisko ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. jak i Politechniki Śląskiej potwierdza, że wykonane prace modernizacyjne układów wzbudzenia na blokach energetycznych 3;4;5 w elektrowni Kozienice są równoważne z pracami wykonania układów wzbudzenia i spełniają wymóg SIWZ w zakresie doświadczenia i wiedzy zawodowej.

Izba dokonała również następujących ustaleń w zakresie oświadczenia o terminie związania ofertą w związku z gwarancją wadialną w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Obowiązujący Formularz ofertowy zawierał postanowienie: Oświadczamy, że jesteśmy związani ofertą przez 60 dni.
Z dokumentacji postępowania wynika, że termin ten upływał dnia 16 listopada 2016 roku. Zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2016 oku zawiadamiając o unieważnieniu postępowania na podstawie art.93 iust.1 pkt 1 pzp to jest w związku z brakiem oferty nie podlegającej odrzuceniu, przekazał gwarancję wadialna odwołującemu ważną od 16 września 2016 roku do 31 grudnia 2016 roku wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna.

Izba zważyła

Izba na podstawie powyżej dokonanych ustaleń uwzględniła odwołanie zgodnie z treścią sentencji wyroku.

W ocenie Izby odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w myśl art.179 ust.1 pzp, składając ofertę zabezpieczoną gwarancją ubezpieczeniową do dnia 31 grudnia 2016 roku oraz składając odwołanie od czynności unieważnienia postępowania.
W niniejszej sprawie warunki terminu związania oferta określił w formularzu ofertowym zamawiający a nie odwołujący ustalając je sztywno na 60 dni. To zamawiający jako gospodarz postępowania decydował o jego przebiegu czyli czynnościach i terminach ich podejmowania. To zamawiający spowodował, że postępowanie nie zostało zakończone w terminie ustawowym to jest w terminie 60 dni, terminie narzuconym art.85 ust.1 pkt 3) jako maksymalnym, w którym powinno być postępowanie rozstrzygnięte w związku z ustalonym maksymalnym terminem związania wykonawcy ofertą. To zamawiający nie wykonał dyspozycji zawartej w art. 85 ust.2 pzp to jest jego obowiązku skorzystania z wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejny okres nie dłuższy niż 60 dni, jeżeli nie jest w stanie rozstrzygnąć postępowania w terminie wynikającym z art. 85 ust.1 pzp. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie przyznał, że nie wzywał o przedłużenie terminu związania ofertą, ponieważ planował unieważnić postępowanie. W ocenie Izby takie zachowanie zamawiającego wskazuje na nadużywanie prawa w celu uzyskania nieuprawnionych skutków co do prowadzonego postępowania w tym wypadku skutkiem miało być unieważnienie postępowania. Z kolei odwołujący wykazał stosowną dbałość wykupując w PZU S.A. polisę na gwarancję wadialną do dnia 31 grudnia 2016 roku a nie tylko na 60 dni jak przewidywał zgodnie z ustawą pzp zamawiający. W ocenie Izby w pierwszej kolejności to zamawiający ma obowiązek dbałości o skuteczność wszczętego postępowania i obowiązek a nie prawo do wezwania lub nie wezwania do przedłużenia oświadczenia o terminie związania ofertą. Wezwanie zamawiającego powinno

uwzględniać czas potrzebny do zakończenia postępowania z uwzględnieniem czasu dla wykonawców na zaskarżanie jego czynności w tym wypadku wykluczenia i unieważnienia postępowania. W tej sytuacji sam fakt złożenia przez wykonawcę odwołania świadczy o ubieganiu się o zamówienie w związku chociażby z ryzykiem utraty wpisu w kwocie 15 tysięcy złotych na wypadek nie uwzględnienia odwołania. Wywodzenie z treści art.85 pzp ujemnych skutków dla odwołującego się w sytuacji zaniedbania zamawiającego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą nie znajduje uzasadnienia w treści tego przepisu. Z kolei powoływanie się na brak interesu z art.179 ust.1 pzp po stronie odwołującego celem skutecznego unieważnienia postępowania w ocenie Izby stanowi nadużycie prawa przez zamawiającego.
Z kolei zarzut braku uzasadnienia faktycznego w piśmie z dnia 15.11.2016 roku o wykluczeniu odwołującego i unieważnieniu postępowania potwierdził się w wyniku powyżej dokonanych ustaleń przez Izbę. W cytowanym piśmie zamawiający nie podaje na czym polega brak spełnienia warunku doświadczenia zawodowego i wiedzy tylko cytuje

postanowienie SIWZ o treści tego warunku. Zamawiający nie może skutecznie usprawiedliwiać się okolicznością, że z treści wezwania z dnia 14.10.2016 roku odwołujący powinien wywieść na czym polegają braki w przedstawionym doświadczeniu. Tym bardziej, że samo pismo wzywające stanowi o alternatywnym możliwym zachowaniu odwołującego wskazując w jednym wezwaniu o możliwości zarówno płynącej z treści art.26 ust.4 jak art.26 ust.3 pzp.
Izba z uwagi na obowiązek koncentracji postępowania odwoławczego rozpoznała alternatywny wniosek badając zarzut nieprawidłowej oceny posiadanego doświadczenia.
Po pierwsze należy zwrócić uwagę, że przedmiot spornego zamówienia mówi o modernizacji układów wzbudzenia a w wymogu doświadczenia i wiedzy mówi się o wykonaniu układów wzbudzenia. Przy czym Izba nie znajduje w takim określeniu czy to modernizacji czy to wykonania braku konsekwencji zamawiającego. Według wiedzy życiowej i zawodowej Izby aby móc każdą rzecz zmodernizować (ulepszyć) to trzeba najpierw umieć ją rozebrać i zbudować. Tym bardziej, że układ jest systemem naczyń powiązanych i wymiana niektórych również wymaga powiązania pozostałych niewymienianych z wymienianymi.
Laicką wiedzę Izby w tym zakresie potwierdziła Enea Wytwarzanie Sp. z o.o. stwierdzając „ze względu na gruntowną, wielobranżową przebudowę układu wzbudzenia statycznego na blokach nr 3 ,4 i 5 w ENEA Wytwarzanie Sp. z o. o., w tym dostawę i wymianę regulatora napięcia generatora, przedsiębiorstwo realizujące tego typu modernizacje musiało legitymować się taką samą wiedzą i doświadczeniem jak w przypadku wymiany wszystkich szaf w układzie wzbudzenia". Także Instytut Elektrotechniki i Informatyki Wydział Elektryczny Politechniki Śląskiej, w której sporządzający opinię Dyrektor Instytutu prof. dr hab. inż. S. P. stwierdził „Potwierdzam, że wykonane w Elektrowni Kozienice prace modernizacyjne w blokach 3, 4 i 5 potwierdzają kompetencje przedsiębiorstwa Energotest sp. z o. o. do kompleksowego wykonywania i uruchamiania statycznych układów wzbudzenia".

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku uznając odwołanie za usprawiedliwione na podstawie art.192 ust.2 pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00

złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3600,00zł według załączonej faktury VAT

Przewodniczący: ……