Sygn. akt: KIO 23/17

WYROK
z dnia 17 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017 r. przez wykonawcę: **Gajek Engineering Sp. z o.o., ul. Fiszera 14, 80-231 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Energa Wytwarzanie S.A., Al. Grunwaldzka 472, 80-309 Gdańsk,**

przy udziale wykonawcy **Zeus S.A., ul. Obrońców Westerplatte 1, 83-000 Pruszcz Gdański** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Gajek Engineering Sp. z o.o., ul. Fiszera 14, 80-231 Gdańsk,** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Gajek Engineering Sp. z o.o., ul. Fiszera 14, 80-231 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku.**

……

Sygn. akt: KIO 23/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Energa Wytwarzanie S.A. w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację elektroenergetyczną EW Krzynia". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2016/S 144-261105 w dniu 28 lipca 2016 r.

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2016 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Zeus S.A. w Pruszczu Gdańskim. Drugą pozycję w rankingu ofert uzyskała oferta złożona przez P.B.E. ELBUD Gdańsk S.A. w Gdańsku. Zamawiający wykluczył wykonawcę Gajek Engineering Sp. z o.o. w Gdańsku na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z powodu nie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Wykonawca Gajek Engineering Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec:

a) zaniechania wykluczenia wykonawców: Zeus S.A. i P.B.E. ELBUD Gdańsk S.A. z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp;
b) zaniechania uznania ww. ofert za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp,

c) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zeus S.A. z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 Pzp,
d) czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Zeus S.A. pomimo, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedkładając wykaz i referencje dotyczące zrealizowanych zamówień nie obejmujących swoim zakresem wymaganego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P.B.E. ELBUD Gdańsk S.A., pomimo że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedkładając wykaz i referencje dotyczące zrealizowanych zamówień nie obejmujących swoim zakresem wymaganego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

I. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

II. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym:
a. wykluczenie wykonawcy Zeus S.A. i uznanie oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą,
b. wykluczenie wykonawcy P.B.E. ELBUD Gdańsk S.A. i uznanie oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą,
c. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą,
d. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
III. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, jak poniżej:

1 . Zarzut braku spełnienia warunków udziału w postepowaniu i zaniechania wykluczenia wykonawcy Zeus S.A. i P.B.E. ELBUD Gdańsk S.A.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wśród warunków udziału w postępowaniu, na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia żądał wykazania, że wykonawca:
[...] „W okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, zrealizował na czynnym obiekcie energetycznym co najmniej dwa zadania w których zakres wchodziła:
1) dostawa, montaż i uruchomienie rozdzielni o napięciu minimum 15 kV,
2) dostawa, montaż i uruchomienie regulatorów obrotów i wzbudzenia statycznego.
Uwaga: Zamawiający dopuszcza spełnienie warunku, o którym mowa powyżej poprzez wykonanie powyższego zakresu prac (pkt 1-2 powyżej) łącznie w ramach jednego zamówienia, lub w ramach odrębnych zamówień, obejmujących poszczególne zakresy prac (pkt 1-2 powyżej) na tej samej lub na różnych elektrowniach”.

Wykonawca **Zeus S.A.** na potwierdzenie spełnienia ww. warunków przedstawił wykaz zrealizowanych zadań, z których żadna realizacja nie spełnia wymogu: „dostawa, montaż i uruchomienie rozdzielni o napięciu minimum 15 kV”, gdyż żadna nie została zrealizowana na czynnym obiekcie energetycznym, tj. elektrowni.

Odwołujący wskazał, że na podstawie poświadczeń znajdujących się w ofercie można określić lokalizacje zadań jako:
a) referencja pierwsza: zadanie w rejonie bazy paliw płynnych Portu Północnego w Gdańsku,
b) referencja druga: stacja T61 w rejonie Nabrzeża Przemysłowego w Porcie Gdańskim,
c) referencja trzecia: stacja RS Malechowo.

Zadania potwierdzające spełnienie wymogu „[...] dostawa, montaż i uruchomienie regulatorów obrotów i wzbudzenia statycznego”, budzą poważne wątpliwości ze względu na wykazanie ich przez wykonawcę na podstawie oświadczenia o udostępnieniu potencjału

przez Instytut Energetyki Oddział w Gdańsku, które zostało podpisane przez p. K. M., który nie ma umocowania w dokumentach ofertowych, jako pełnomocnik udostępniającego.

Dodatkowo, potwierdzenia zrealizowania zadań spełniających ww. wymóg nie zostały podpisane przez wykonawcę, co jest sprzeczne z wymaganiami par. XV ust. 5 i 14 SIWZ.

Ponadto:

- zadanie „Dostawa i uruchomienie układów wzbudzenia i regulacji napięcia" dla EW Dąbie nie obejmuje kompletnej dostawy i montażu układu wzbudzenia statycznego, gdyż transformatory wzbudzenia nie były dostarczane i montowane przez Instytut Energetyki.
- zadanie „Wymiana regulatora obrotów HZ2 wraz z modernizacją wzbudnicy statycznej w EW Pierzchały" nie obejmuje kompletnej dostawy i montażu ważnego elementu układu, jakim jest transformator wzbudzenia.

Odwołujący załączył jako dowód schemat ideowy statycznego układu wzbudzenia generatora z regulatorem dwukanałowym, który ilustruje strukturę i elementy układu.

Wykonawca **P.B.E. ELBUD Gdańsk S.A.** na potwierdzenie spełnienia ww. warunków przedstawił wykaz zrealizowanych zadań przedstawiający tylko jedno zadanie, które w rzeczywistości nie spełnia wymogu „[...] dostawa, montaż i uruchomienie rozdzielni o napięciu minimum 15 kV, [...] na czynnym obiekcie energetycznym [...] elektrowni", przy żądaniu przez Zamawiającego wykazania się co najmniej dwiema realizacjami.

Na podstawie poświadczenia znajdującego się w ofercie można określić lokalizację wykazanego zadania jako: realizacja w ramach budowy stacji energetycznej Wicko - czyli na obiekcie nowo budowanym. Ponadto nie jest to elektrownia.

Żadna realizacja wskazana w wykazie nie spełnia wymogu „[...] dostawa, montaż i uruchomienie regulatorów obrotów i wzbudzenia statycznego", gdyż:

1. zadania nie zostały zrealizowane na czynnym obiekcie energetycznym,
2. nie były wykonane w zakresie dostawy, montażu i uruchomienia wzbudzenia statycznego.

Na podstawie referencji/poświadczeń znajdujących się w ofercie można określić lokalizacje zadań jako:

- prace wykonane w ramach budowy „elektrowni wodnych Cementowianka, Gronowo, Kujawska" - czyli na obiektach nowo budowanych;

oraz zakres wykonanych realizacji jako:

- „wykonanie i przekazanie do eksploatacji 3 układów regulacji obrotów generatorów wzbudzanych magnesami trwałymi".

Spółka P.B.E. ELBUD Gdańsk S.A. w wykazie oświadczyła co prawda, że zadanie drugie obejmuje swoim zakresem dostawy, montażu i uruchomienia wzbudzenia statycznego jednakże ze względu na rodzaj zastosowanego generatora użyty układ przekształtnikowy nie jest z definicji statycznym układem wzbudzenia. Odwołujący przedstawił schemat ideowy

---

statycznego układu wzbudzenia generatora z regulatorem dwukanałowym, który przedstawia elementy układu.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Termin składania ofert upłynął 26 września 2016 r., a termin związania ofertą określono na 60 dni, zatem upływał on w dniu 25 listopada 2016 r.

W dniu 14 listopada 2016 r. Zamawiający zwrócił się m.in. do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni informując, iż jest ono skuteczne jedynie wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo wniesieniem nowego wadium. Odwołujący, w wyznaczonym terminie doręczył Zamawiającemu Aneks z 23 listopada 2016 r. do wadialnej Gwarancji ubezpieczeniowej, przedłużający termin tej Gwarancji do 23 stycznia 2017 r. Odwołujący co prawda, nie załączył do Aneksu osobnego dokumentu, w którym wprost oświadczałby, że przedłuża termin związania ofertą, ale jego wola dalszego uczestniczenia w postępowaniu, tj. dalszego związania ofertą, została wyrażona poprzez złożenie w wymaganym terminie dokumentu przedłużającego ważność wadium.

W opinii Odwołującego wniesienie przedłużenia wadium w postaci wadialnej Gwarancji ubezpieczeniowej jest jednocześnie wyrazem woli per facta concludentia związania się ofertą do dnia uwidocznionego w Gwarancji ubezpieczeniowej. Sytuację, w której Odwołujący złożył Zamawiającemu przedłużoną wadialną Gwarancję ubezpieczeniową, a nie wystosował oświadczenia, w którym deklaruje przedłużenie terminu związania ofertą, należy uznać, jako dostateczne wyrażenie woli przedłużenia terminu

związania ofertą. Z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika wprost obowiązek złożenia dodatkowo takiego oświadczenia, poza wniesieniem, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, wadium na przedłużony okres związania ofertą. Brak oświadczenia przy jednoczesnym wniesieniu wadium na przedłużony okres ważności oferty nie może stanowić powodu do wykluczenia Odwołującego z postępowania, bowiem wg Odwołującego - Zamawiający nie jest uprawniony do rozszerzania enumeratywnie wymienionych przesłanek wykluczenia z postępowania (art. 24 ust.2 pkt 2) Pzp. Również zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem KIO, przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nie daje możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy wadium zostało wniesione.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych brak złożenia przez wykonawcę oświadczenia wprost odnoszącego się do przedłużenia terminu związania ofertą w sytuacji, gdy jednocześnie podejmie on skuteczne działania mające na celu przedłużenie wadium, postrzegany jest jako nieskutkujący wykluczeniem wykonawcy. W wielu wyrokach wskazuje się, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a także odrzucenia oferty, w warunkach, gdy inne czynności wykonawcy, takie jak przedłużenie wadium, wskazują na dalsze zainteresowanie wykonawcy

udziałem w postępowaniu, co nawiązuje do dorozumianego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Wskazuje się również na funkcję wadium i jego związek z terminem związania ofertą. Wadium nie może funkcjonować samo w sobie, gdyż stanowi zabezpieczenie dla zamawiającego w okresie, gdy wykonawca jest związany ofertą.

Odwołujący, doręczając Zamawiającemu dokument przedłużający ważność wadium złożył konkludentne oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Wyłącznym celem przedłużania wadium jest chęć dalszego uczestniczenia w postępowaniu, wadium jest bowiem instytucją immanentnie związaną z ofertą. Mając na uwadze art. 14 Pzp oraz art. 60 Kodeksu cywilnego nie sposób inaczej zinterpretować zachowania się Odwołującego w postępowaniu. Wola przedłużenia terminu związania ofertą jest tym bardziej oczywista, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że przedłużenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wymaga podjęcia ze strony wykonawcy czynności oraz poniesienia kosztów. W ocenie odwołującego stanowisko Zamawiającego stanowi wyraz nadmiernego formalizmu postępowania, nie znajdującego uzasadnienia w przepisach prawa ani w zasadach logiki.

Wykonawca Zeus S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 12 stycznia 2017 r. wyjaśnił, że uprawnienie p. Madajewskiego do reprezentowania Instytutu Energetyki wynika wprost z informacji z Krajowego Rejestru Sądowego. Wykonawca wskazał też, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 52 z dnia 19 września 2016 r. wyjaśnił pojęcie czynnego obiektu energetycznego, jako obiektu, który w trakcie realizacji prac przez wykonawcę spełniał swoje podstawowe funkcje, nie był obiektem odłączonym, tj. do którego za pomocą istniejących łączników i aparatów było możliwe poddanie napięcia lub innego czynnika powodującego zagrożenie. Zamawiający nie wymagał bowiem wykonania prac na elektrowni. Prace na obiektach w EW Dąbie i EW Pierzchały obejmowały nowy układ wzbudzenia, który współpracował z dotychczasowym transformatorem, do którego wykonano jedynie połączenia i uruchomienie. Zamawiający nie określił, co dokładnie należy rozumieć pod pojęciem wzbudzenie statyczne. Polska Norma nr PN-EN 60034-16-1 „Maszyny elektryczne wirujące Układy wzbudzenia maszyn synchronicznych Terminologia” definiuje pojęcie wzbudnicy jako „wzbudnica pobierająca moc z jednego lub większej liczby źródeł elektrycznych z prostownikami statycznymi dostarczającymi prąd stały”, tj. tyrystorowy prostownik wzbudzenia sterowany z regulatora napięcia wyposażony w wyłącznik wzbudzenia oraz inne układy automatyki i zabezpieczeń. Przedstawione w ofercie referencje w pełni odpowiadają tej definicji. Ponadto, referencje wystawione przez TAURON Ekoserwis sp. z o.o. wyraźnie wskazują, że zadanie obejmowało sporządzenie dokumentacji projektowej, montaż i uruchomienie dostarczonych urządzeń, udział w rozruchu itp. dla

zamówienia „Dostawa i uruchomienie układu wzbudzenia i regulacji napięcia”. Referencje wystawione przez Energa Wytwarzanie S.A. wskazują, że zakres prac obejmował

zaprojektowanie dostawę, montaż i uruchomienie elektrohydraulicznego regulatora obrotów w ramach zadania „Wymiana regulatorów obrotów Hz-2 wraz z modernizacją wzbudnicy statycznej EW Pierzchały”, co potwierdza spełnienie warunku: dostawa, montaż i uruchomienie regulatorów obrotówi wzbudzenia statycznego.

Pismem z dnia 16 stycznia 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. W ocenie Zamawiającego, skutki przedłużenia ważności wadium bez wydłużenia terminu związania ofertą nie wskazują na złożenie oświadczenia o wydłużeniu terminu związania ofertą. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp ustanawia sankcję dla wykonawcy, który nie przedłużył terminu związania ofertą w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma możliwości dokonywania skutecznych czynności poprzez fakty dorozumiane i ewentualne wywodzenie z nich zamierzeń wykonawcy.

Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie nr 52 z dnia 19 września 2016 r. pojęcie czynnego obiektu energetycznego, z którego nie wynika, aby warunek dotyczył wykonania prac na elektrowni. Zamawiający wyjaśnił także, że umocowanie p. K. M. ustalił w oparciu o informację KRS Instytutu Energetyki dostępną w bazie danych.

Zdaniem Zamawiającego, referencje wystawione przez TAURON Ekoserwis Sp. z o.o. i ENERGA Wytwarzanie S.A. wyraźnie wskazują, że wykonawca Zeus wykazał spełnienie warunku „dostawa montaż i uruchomienie regulatorów obrotów i wzbudzenia statycznego”. Zamawiający podkreślił, że nie określił w SIWZ pojęcia wzbudzenia statycznego. Zamawiający wskazał na definicję wzbudnicy statycznej zawartą w Polskiej Normie PN-EN 600034-16-1, w której nie ma mowy o transformatorach wzbudzenia.

W zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy ELBUD Zamawiający wskazał, że referencje ALDESA NOWA ENERGIA potwierdzają wykonanie stacji 110 kV i 30 kV tj. dwa zadania polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu rozdzielni o napięciu minimum 15 kV. Zamawiający podkreślił, że nie wymagał wykazania prac wykonanych na elektrowni, lecz na czynnym obiekcie energetycznym. Odwołujący nie wykazał, że przedstawione przez ELBUD obiekty MEW Cementowianka, EW Gronowo czy MEW Kujawska nie były obiektami czynnymi w trakcie wykonywania prac, biorąc pod uwagę że obiekt nowobudowany jest obiektem czynnym jeszcze w trakcie budowy, chociażby podczas rozruchu próbnego. Zamawiający wyjaśnił także, że w dniu 4 listopada 2016 r. Zwrócił się do wystawcy referencji Małe Elektrownie Wodne c.s. J., M., P. K. o udzielenie informacji dotyczącej referencji wystawionej firmie ENEL-PC sp. z o.o. i potwierdzenie, że referencja z dnia 25 sierpnia 2016 r. dla ww. obiektów obejmuje odrębnie dostawę, montaż i uruchomienie układu regulatorów

obrotów oraz dostawę, montaż i uruchomienie układu wzbudzenia statycznego. W odpowiedzi Zamawiający uzyskał informację potwierdzającą powyższe w sposób jednoznaczny.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), które weszły w życie w dniu 28 lipca 2016 r. i tym samym mają zastosowanie w niniejszej sprawie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która w przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących oferty wybranej – Zeus i oferty ELBUD oraz jednocześnie - przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania, podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Zeus S..A. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców: Zeus S.A. i P.B.E. ELBUD Gdańsk S.A. z powodu

niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pkt IX ust. 3 SIWZ Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia i żądał wykazania, że wykonawca „W okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, zrealizował na czynnym obiekcie energetycznym co najmniej dwa zadania w których zakres wchodziła:
1. dostawa, montaż i uruchomienie rozdzielni o napięciu minimum 15 kV,
2. dostawa, montaż i uruchomienie regulatorów obrotów i wzbudzenia statycznego."
Poniżej w SIWZ zamieszczono „Uwagę" o treści: „Zamawiający dopuszcza spełnienie warunku, o którym mowa powyżej poprzez wykonanie powyższego zakresu prac (pkt 1-2 powyżej) łącznie w ramach jednego zamówienia, lub w ramach odrębnych zamówień,

obejmujących poszczególne zakresy prac (pkt 1-2 powyżej) na tej samej lub na różnych elektrowniach".

Odwołujący w oparciu o powyższą treść SIWZ wywodził, że czynnym obiektem energetycznym, o którym mowa w tym warunku, jest wyłącznie elektrownia, a zatem należało wykazać dwa zadania obejmujące zakresy prac, o których mowa w pkt 1-2 powyżej - wykonanych „na elektrowni".

Izba nie podzieliła takiego rozumienia warunku postawionego przez Zamawiającego. W ocenie Izby, chociaż zapis zawarty w „uwadze" odnośnie realizacji prac „na tej samej lub różnych elektrowniach" może wstępnie budzić pewne wątpliwości interpretacyjne, to jednak uwzględniając wyjaśnia Zamawiającego dotyczące treści SIWZ – odpowiedź na pytanie 52 z dnia 19 września 2016 r. należy przyjąć, że Zamawiający nie ograniczył pojęcia obiektu energetycznego – wyłącznie do elektrowni. Pojęcie elektrowni zostało użyte jedynie w związku z postawionym wymogiem „dostawy, montażu i uruchomienia regulatorów obrotów i wzbudzenia statycznego" (pkt 2 warunku), które to prace są realizowane w elektrowniach i w tym zakresie pojęcie obiektu energetycznego należy rozumień jako elektrownię. W toku wyjaśnień treści SIWZ, odpowiadając na pytanie nr 52, Zamawiający zdefiniował na potrzeby tego postępowania „czynny obiekt energetyczny", o którym mowa w treści warunku i w definicji tej nie zawęził tego pojęcia do pojęcia „elektrowni".

Niezależnie od powyższego należy przyjąć, że w przypadku powstania wątpliwości co do brzmienia warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, treść warunku powinna być interpretowana raczej rozszerzająco niż zawężająco. Podobnie, w niniejszej sprawie nie jest uzasadnione zawężające interpretowanie treści warunku - do zadań zrealizowanych wyłącznie „na elektrowni", co oznaczałoby niedozwolone na etapie oceny ofert ograniczenie uczciwej konkurencji i równego dostępu wykonawców do zamówienia.

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający nie określił w SIWZ żadnych wymagań co do sposobu i miejsca wykazania przez wykonawców w składanych w ofercie dokumentach (wykaz zrealizowanych zadań) okoliczności, że prace były wykonywane na czynnym obiekcie. Co do zasady, referencje nie muszą natomiast potwierdzać wszystkich wymagań opisanych w treści warunku udziału w danym postępowaniu. Dokument ten jest jedynie wymagany dla potwierdzenia, że wskazane prace zostały wykonane należycie. Aby wykazać zatem, że określone zadanie nie spełnia szczegółowych wymagań postawionych w treści warunku udziału w postępowaniu, dowody musi przedstawić ten, kto twierdzi, że warunek nie został spełniony. W tym przypadku obowiązek ten spoczywał na Odwołującym, który podnosił, że prace nie zostały wykonane na czynnym obiekcie. Sam fakt bowiem, że referencje nie zawierają wprost takiej informacji nie dyskwalifikuje tych referencji, gdyż nie oznacza, że wymaganie takie faktycznie nie zostało spełnione.

Oferta Zeus S.A.

Odwołujący cofnął na rozprawie zarzut dotyczący braku umocowania p. K. M. do podpisania oświadczenia o udostępnieniu potencjału przez Instytut Energetyki Oddział w Gdańsku.

Izba uznała, że zarzut niezgodności treści oferty Zeus z treścią SIWZ, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie został podniesiony w odwołaniu. Poświadczenie dokumentów

składanych wraz z ofertą w zakresie dotyczącym podmiotu udostepniającego wykonawcy własne zasoby w związku ze złożeniem zobowiązania o udostępnieniu zasobów, mogą być poświadczone za zgodność z oryginałem przez ten podmiot, stosownie do brzmienia §14 ust. 3 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126). Odwołujący nie wykazał natomiast, że osoba (p. G. C.), która potwierdziła za zgodność z oryginałem referencje wystawione dla Instytutu Energetyki Oddział w Gdańsku (str 21 i 22 oferty) nie była uprawniona do wykonania tej czynności w imieniu ww. podmiotu.

Wykonawca Zeus na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przedstawił wykaz zrealizowanych zadań, które w świetle ustalonego powyżej brzmienia ww. warunku spełniają wymóg dostawy, montażu i uruchomienia rozdzielni o napięciu minimum 15 kV, na czynnym obiekcie energetycznym (str. 18-20 oferty). W szczególności należy tu podkreślić, że Zamawiający nie wymagał, aby wykazywane przez wykonawców zadania miały być zrealizowane wyłącznie na elektrowni.

Jak wyjaśnił Przystępujący, prace na obiektach w EW Dąbie i EW Pierzchały obejmowały nowy układ wzbudzenia, który współpracował z dotychczasowym transformatorem, do którego wykonano jedynie połączenia i uruchomienie. Referencje wystawione przez TAURON Ekoserwis sp. z o.o. (str 21 oferty) wyraźnie wskazują, że zadanie obejmowało sporządzenie dokumentacji projektowej, montaż i uruchomienie dostarczonych urządzeń, udział w rozruchu itp. dla zamówienia „Dostawa i uruchomienie układu wzbudzenia i regulacji napięcia”, natomiast referencje wystawione przez Energa Wytwarzanie S.A. (str 23 oferty) wskazują, że zakres prac obejmował zaprojektowanie dostawę, montaż i uruchomienie elektrohydraulicznego regulatora obrotów w ramach zadania „Wymiana regulatorów obrotów Hz-2 wraz z modernizacją wzbudnicy statycznej EW Pierzchały”, co potwierdza spełnienie warunku: dostawa, montaż i uruchomienie regulatorów obrotów i wzbudzenia statycznego. W tym zakresie Izba zważyła, że Zamawiający nie określił w SIWZ, co należy rozumieć pod pojęciem wzbudzenie statyczne. Zamawiający w szczególności nie posługiwał się w treści SIWZ pojęciem „kompletnego układu wzbudzenia”, co przyznał sam Odwołujący na rozprawie. Jak wskazuje natomiast norma PN-EN 60034-16-1 „Maszyny elektryczne wirujące Układy wzbudzenia maszyn synchronicznych Terminologia” definiuje pojęcie wzbudnicy jako „wzbudnica pobierająca moc z jednego lub

większej liczby źródeł elektrycznych z prostownikami statycznymi dostarczającymi prąd stały”, tj. tyrystorowy prostownik wzbudzenia sterowany z regulatora napięcia wyposażony w wyłącznik wzbudzenia oraz inne układy automatyki i zabezpieczeń. Przedstawione w ofercie referencje potwierdzają spełnienie warunku, gdyż nie można uznać, że „wzbudzenie statyczne”, o którym mowa w treści warunku musiało obejmować dostawę, montaż i uruchomienie transformatora wzbudzania, jako źródła zasilania. Zamawiający nie wymagał bowiem wykazania dostawy i montażu „kompletnego układu wzbudzania statycznego”, który obejmujące transformator wzbudzania, gdyż wzbudnica może być zasilana także z innych źródeł. Ponadto, Odwołujący nie wykazał, że ww. zadania nie zostały wykonane na czynnym obiekcie. Odwołujący nie przedłożył dowodów w tym zakresie, natomiast z treści przedstawionych przez wykonawcę Zeus referencji nie wynika, że nie były to obiekty czynne w rozumieniu odpowiedzi Zamawiającego nr 52 do treści SIWZ z dnia 19 września 2016 r.

Oferta P.B.E. ELBUD Gdańsk S.A

Wykonawca ELBUD, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przedstawił wykaz zrealizowanych zadań, w którym m.in. wskazał realizację potwierdzoną referencjami od firmy ALDESA NOWA ENERGIA, które dotyczą dwóch zadań wykonanych na jednym obiekcie, obejmujących wykonanie stacji 110 kV i 30 kV. Farma wiatrowa jest obiektem energetycznym (rodzajem elektrowni), który spełnia w tym zakresie wymagania określone w SIWZ. Z treści referencji z dnia 11 kwietnia 2014 r. nie wynika, że powyższe prace nie były wykonywane na czynnym obiekcie, a jednocześnie Odwołujący nie przedstawił dowodu, że prace w ramach budowy stacji energetycznej Wicko – faktycznie nie były wykonywane na czynnym obiekcie.

Prace wykonane w ramach budowy „elektrowni wodnych Cementowianka, Gronowo, Kujawska" na rzecz zamawiającego – Małe Elektrownie Wodne s.c. J. M, P. K. w Kościerzynie obejmowały „wykonanie i przekazanie do eksploatacji 3 układów regulacji

obrotów generatorów wzbudzanych magnesami trwałymi". Na zapytanie Zamawiającego z dnia 4 listopada 2016 r. podmiot powyższy potwierdził w korespondencji z Zamawiającym, że wykonane prace obejmowały dostawy, montaż i uruchomienie regulatorów obrotów i wzbudzenia statycznego. Odwołujący nie wykazał natomiast, że prace powyższe nie były wykonywane na czynnym obiekcie lub że wykonane prace nie były wykonane w zakresie m.in. dostawy, montażu i uruchomienia wzbudzenia statycznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia wykonawcy Zeus i ELBUD z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym nie nastąpiło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r., przez zaniechanie

wykluczenia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 został uchylony z wejściem w życie w dniu 28 lipca 2016 r. znowelizowanych przepisów.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, przez wykluczenie Odwołującego z postępowania.

W dniu 14 listopada 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 23 stycznia 2017 r. tj. o kolejne 60 dni. Zamawiający pouczył wykonawcę w wezwaniu, że oświadczenie to należy złożyć z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres. Zamawiający wskazał również, że brak zgody na przedłużenie okresu związania ofertą oraz brak jednoczesnego wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zamawiający wymagał złożenia ww. zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z dowodem przedłużenia okresu ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, we wskazanym terminie, tj. do 24 listopada 2016 r. do godz. 12.00.

We wskazanym terminie Odwołujący doręczył Zamawiającemu Aneks z 23 listopada 2016 r. do wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej, złożonej wraz z ofertą, przedłużający termin tej gwarancji do 23 stycznia 2017 r. Jednocześnie Odwołujący nie złożył do Zamawiającego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą do dnia 23 stycznia 2017 r. Powyższe okoliczności nie były sporne pomiędzy Stronami.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, oferta podlega odrzuceniu jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, który wskazuje, 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 wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. W świetle powyższego, brak wyrażenia takiej zgody, na wyraźny wniosek zamawiającego skierowany do wykonawcy, skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Izba zważyła przy tym, że wniesienie przedłużenia wadium w postaci wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej nie jest tożsame z wyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Należy zauważyć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności, zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp. Nie można zatem wywodzić treści wymaganych w postępowaniu od wykonawcy oświadczeń w sposób dorozumiany - z innych czynności podejmowanych przez wykonawcę. Należy też zauważyć, że gwarancja wadialna, w tym ubezpieczeniowa lub bankowa, stanowi dokument o określonym charakterze

(abstrakcyjnym i bezwarunkowym) i określonej treści, a tym samym obejmuje konkretne zobowiązanie gwaranta w określonych okolicznościach, wyraźnie w niej wskazanych, a zatem nie może skutkować w zakresie szerszym niż to wynika z treści tego dokumentu. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą winno być złożone w sposób jasny i wyraźny, w formie przewidzianej w wezwaniu do przedłużenia ważności oferty i dopuszczonej w art. 27 Pzp.

Odwołujący na wyraźny wniosek Zamawiającego przekazany wykonawcy przed upływem terminu związania ofertą, nie przekazał Zamawiającemu oświadczenia o wyrażeniu

zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a tym samym nie wyraził zgody o której mowa w art. 85 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Jak słusznie zauważył sam Odwołujący, powołując się na orzecznictwo, wadium nie może funkcjonować samo w sobie, gdyż stanowi zabezpieczenie dla zamawiającego w okresie, gdy wykonawca jest związany ofertą, a trudno znaleźć jakiekolwiek funkcjonalne uzasadnienie dla utrzymywania wadium po okresie związania ofertą - gdy wykonawca przestaje być związany ofertą, to w okresie tym nie mogą powstać roszczenia Zamawiającego, dające podstawę do zatrzymania wadium. W ocenie Izby, z powyższego nie można jednak wywodzić a contrario, że złożenie gwarancji wadialnej zastępuje wyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przedłożona przez Odwołującego korespondencja w formie elektronicznej z Zamawiającym w sprawie przedłużenia ważności wadium w innym postępowaniu nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy, gdyż nie odnosi się do przedłużenia terminu związania ofertą.

Uwzględniając powyższe, oferta Odwołującego podlega odrzuceniu i w tym zakresie podniesiony zarzut nie potwierdził się. Izba zwraca uwagę, że w związku ze zmianą przepisów ustawy Pzp, oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, a nie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, który został uchylony, co nie ma jednak wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....