

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 sierpnia 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **31 lipca 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **EthosEnergy Sp. z o.o., ul. Paprotna 12A, 51-117 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o., Świerże Górne, 26-900 Kozienice,**

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Zakład Automatyki Przemysłowej INTEC Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), [2] Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A,** adres dla pełnomocnika: **ul. Bacciarrellego 54 51-649 Wrocław** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego EthosEnergy Sp. z o.o., ul. Paprotna 12A, 51-117 Wrocław

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **EthosEnergy Sp. z o.o., ul. Paprotna 12A, 51-117 Wrocław**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **EthosEnergy Sp. z o.o., ul. Paprotna 12A, 51-117 Wrocław** na rzecz zamawiającego **ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o., Świerże Górne, 26-900 Kozienice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 i 478**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. z siedzibą w Kozienicach, Świerże Górne; 26-900 Kozienice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Modernizację stacji AR turbozespołu bloku nr 1«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **07.05.2015 r.** pod nrem **2015/S 088-159297**.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r.**

poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 i 478) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **22.07.2015 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Zakład Automatyki Przemysłowej INTEC Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), [2] Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A.**

Wykonawca EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Paprotna 12 A, 51-117 Wrocław, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 31.07.2015 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Zakład Automatyki Przemysłowej INTEC Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), [2] Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A.** („wykonawca INTEC”) pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia;

w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty **wykonawcy INTEC**, jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania:

- 2) dokonania czynności oceny oferty **wykonawcy INTEC**, pomimo że oferta powinna zostać odrzucona a wykonawca wykluczony z postępowania;
- 3) czynności wyboru oferty **wykonawcy INTEC**, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że ten wykonawca podlegał powinien wykluczeniu z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona;

3

-
- 4) czynności uznania za omyłkę (jak i jej poprawienia), zaoferowania przez **wykonawcę ADS M. J. (dalej „wykonawca ADS”)**, innego niż wymagany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ” lub »specyfikacja«), okresu gwarancji na zabezpieczenie antykorozyjne, podczas gdy nie można zakwalifikować tego jako omyłki, a dokonana przez **zamawiającego** poprawka stanowiła istotną zmianę oferty;

- 5) zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy ADS** z uwagi na złożenie przez **tego wykonawcę**, oferty niezgodnej z treścią **SIWZ**.

Odwołujący pismem z **10.08.2015 r.** cofnął zarzuty 4 i 5.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**, przez niewykluczenie z postępowania **wykonawcy INTEC** pomimo, że **wykonawca INTEC** nie wykazał, że posiada wymagane przez **zamawiającego** wiedzę i doświadczenie, tj. wykazał, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na modernizacji układów zrzutowych turbozespołów bloków o mocy **minimum 200 MW**;
- 2) **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp**, przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy INTEC**, pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, jako oferta złożona przez **wykonawcę** podlegającego wykluczeniu z postępowania;
- 3) **art. 91 ust. 1 Pzp**, przez dokonanie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez **wykonawcę**, który podlegał wykluczeniu z postępowania a jego oferta odrzuceniu;
- 4) **art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 Pzp**, przez dokonanie czynności poprawki omyłki w ofercie **wykonawcy ADS**, podczas gdy poprawiany element oferty nie ma charakteru omyłki, a dokonana przez **zamawiającego** poprawka skutkowałą zmianą treści oferty;
- 5) **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp**, przez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty **wykonawcy ADS** pomimo, że **wykonawca ten** zaoferował usługę niespełniającą wymogów **SIWZ** w zakresie wymaganego przez **zamawiającego** okresu gwarancji na zabezpieczenie antykorozyjne.

Odwołujący pismem z **10.08.2015 r.** cofnął zarzuty 4 i 5.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie:

- 1) unieważnienie czynności **zamawiającego** – wyboru oferty wykonawcy INTEC jako oferty najkorzystniejszej;

4

- 2) zakazanie **zamawiającemu** dokonania czynności – wykluczenia z postępowania **wykonawcy INTEC** z uwzględnieniem zarzutów niniejszego Odwołania;
- 3) nakazanie **zamawiającemu** dokonania czynności – odrzucenia oferty **wykonawcy INTEC** jako oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz z uwagi na jej niezgodność z wymogami **SIWZ**;
- 4) nakazanie **zamawiającemu** dokonania czynności – ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5) unieważnienie czynności **zamawiającego** – dokonania poprawki omyłki w treści oferty **wykonawcy ADS**;
- 6) nakazanie **zamawiającemu** dokonania czynności – odrzucenia oferty **wykonawcy ADS**, jako oferty niezgodnej z treścią **SIWZ**.

Odwołujący pismem z 10.08.2015 r. cofnął zarzuty 4 i 5 i w związku z tym żądania 5 i 6, które dotyczą zarzutów 4 i 5.

Argumentacja **odwołującego**

1.(5). Uzasadnienie prawnomaterialne przedstawionych zarzutów

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 22 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez niewykluczenie z postępowania **wykonawcy INTEC**, pomimo że **wykonawca ten** nie wykazał, że posiada wymagane przez **zamawiającego** wiedzę i doświadczenie, tj. wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na modernizacji układów zrzutowych turbozespołów bloków o mocy minimum 200 MW.

Wykonawca INTEC, na potwierdzenie spełniania wymogu określonego w pkt 7.1.2.1 **SIWZ**, przedstawił wykaz zrealizowanych zamówień.

W poz. 1 ww. wykazu, **wykonawca INTEC** wskazuje zamówienie polegające na *Wymianie stacji SC1, głównych zasuw parowych na bloku nr 7 w Elektrowni Dolna Odra*. Dalej w opisie zamówienia dodaje, że obejmowało ono również *Modernizację układu zrzutowego turbozespołu bloku nr 7 (stacja zrzutowa RS): wykonanie projektów i dostaw we wszystkich branżach, demontaże, montaż, uruchomienie, optymalizację w pełnym zakresie, prace systemowe*. Jednocześnie na potwierdzenie należytej realizacji tego zamówienia, **wykonawca INTEC** złożył wraz z ofertą, protokół odbioru z 5.05.2015 r., w którym jako odbiorcę wskazano **PUP GOTECH sp. z o.o.**

Odwołujący wskazuje, że z złożonego przez **wykonawcę INTEC** wykazu zrealizowanych zamówień, jak i z protokołu odbioru z 5.05.2015 r., nie wynika jaka była moc modernizowanego bloku. Należy zwrócić przy tym uwagę, że **zamawiający** określając w pkt

5

7.1.2.1 **SIWZ** omawiany wymóg udziału w postępowaniu, wyraźnie wskazał, że wymaga wykazania się przez **wykonawców** realizacją co najmniej jednego zamówienia polegającego na modernizacji układów zrzutowych turbozespołów bloków o mocy minimum 200 MW.

Oznacza to, że ww. wymóg można uznać za spełniony, o ile **wykonawca** wykaże, że zrealizowana przez niego modernizacja dotyczyła wyłącznie bloku o mocy minimum 200 MW. **Wykonawca INTEC** w żaden sposób nie wykazał, że prace które wykonał dotyczyły takiego właśnie bloku. Oznacza to, że **wykonawca INTEC** nie wykazał spełnienia wymogu udziału w postępowaniu postawionego przez **zamawiającego**.

Ponadto **odwołujący** wskazuje, że wątpliwości budzi to, że wskazana przez **wykonawcę INTEC** modernizacja układu zrzutowego turbozespołu bloku nr 7 dotyczyła stacji zrzutowej RS, podczas gdy złożony wraz z ofertą, protokół odbioru z 5.05.2015 r., dotyczy wyłącznie stacji SC1.

Ponadto **odwołujący** wskazuje, że **wykonawca INTEC** na potwierdzenie należytej realizacji zamówienia wskazanego w poz. 1 wykazu zrealizowanych zamówień, przedstawił protokół odbioru z 5.05.2015 r. Przy czym **odwołujący** wskazuje, że zgodnie z pkt 8.1.1

SIWZ, zamawiający wymagał złożenia dowodów potwierdzających, że wskazane w wykazie zrealizowane zamówienia zostały wykonane należyście. Dalej w **pkt 8.1.2.1.1. SIWZ, wykonawca INTEC** jako jeden z takich dowodów wskazał *poświadczenie* (które w ocenie **odwołującego** należy utożsamiać z przyjętymi na rynku referencjami), a w odniesieniu do zamówień na dostawy lub usługi (zgodnie z **pkt 8.1.2.1.3 SIWZ**) *oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 8.1.2.1.1.* Przedstawiony przez **wykonawcę INTEC** protokół odbioru z **5.05.2015 r.**, odpowiada raczej *innym dokumentom*, jakich złożenie **zamawiający** dopuścił w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane (**pkt 8.1.2.1.2 SIWZ**). Oznacza to, że **wykonawca INTEC** nie dysponując poświadczeniem (referencjami) powinien złożyć żądane przez **zamawiającego** oświadczenie, a nie protokół odbioru, ponieważ przedmiotem tego zamówienia była usługa – co wynika z treści wykazu zrealizowanych zamówień jak i protokołu odbioru z **5.05.2015 r.** (nie ma w tych dokumentach słowa o robotach budowlanych). Wskazane wyżej postanowienia **SIWZ** zdają się powtarzać regulację zawartą w tzw. *Rozporządzeniu w sprawie dokumentów*. Zatem skoro **zamawiający** zażądał (zgodnie z obowiązującymi przepisami) określonego rodzaju dokumentu (*poświadczenia* lub *oświadczenia*), to przyjmując literalną wykładnię postanowień **SIWZ, wykonawca INTEC** nie złożył wymaganego przez **zamawiającego** dokumentu potwierdzającego należytą realizację wskazanego zamówienia. Oznacza to, że **wykonawca INTEC** nie wykazał (w sposób wymagany przez **zamawiającego**), że spełnia postawiony przez **zamawiającego** wymóg udziału w postępowaniu.

6

Wykonawca INTEC w piśmie z **2.07.2015 r.**, kierowanym do **zamawiającego** w toku czynności oceny i badania ofert, wskazywał na analogiczne uchybienie w ofercie **wykonawcy ADS**, cyt. *Żadne dokumenty nie potwierdzają, że firma ADS wykonała prace, polegające na modernizacji układów zrzutowych turbozespołów bloków o mocy minimum 200 MW.*

Dowód: pismo **wykonawcy INTEC** z **2.07.2015 r.** – w aktach postępowania.

W **poz. 2 ww. wykazu** zrealizowanych zamówień, **wykonawca INTEC** wskazuje zamówienie polegające na *Modernizacji stacji SC1, głównych zasuw parowych na bloku nr 8 w Elektrowni Dolna Odra*. Dalej **wykonawca INTEC** w opisie zamówienia dodaje, że obejmowało ono również *Modernizację układu zrzutowego turbozespołu bloku nr 8 (stacja zrzutowa RS): wykonanie projektów i dostaw we wszystkich branżach, demontaże montaż, uruchomienia, optymalizację w pełnym zakresie, prace systemowe*. Jednocześnie na potwierdzenie należytej realizacji tego zamówienia, **wykonawca INTEC** złożył wraz z ofertą, protokół zdawczo-odbiorczy z **7.08.2014 r.**, w którym jako odbiorcę wskazano **podmiot PUP GOTECH sp. z o.o.**

Odwołujący wskazuje, że (analogicznie jak w przypadku zamówienia wskazanego w **poz. 1 wykazu** zrealizowanych zamówień) z złożonego przez **wykonawcę INTEC** wykazu zrealizowanych zamówień, jak i z protokołu zdawczo-odbiorczego z **7.08.2014 r.**, nie wynika jaka była moc modernizowanego bloku. Należy zwrócić przy tym uwagę, że **zamawiający** określając w **pkt 7.1.2.1 SIWZ** omawiany wymóg udziału w postępowaniu, wyraźnie wskazał, że wymaga wykazania się przez **wykonawców** realizacją co najmniej jednego zamówienia polegającego na *modernizacji układów zrzutowych turbozespołów bloków o mocy minimum 200 MW*.

Oznacza to, że ww. wymóg można uznać za spełniony, o ile **wykonawca** wykaże, że zrealizowana przez niego modernizacja dotyczyła wyłącznie bloku o mocy **minimum 200 MW**. **Wykonawca INTEC** w żaden sposób **nie wykazał**, że prace które wykonał dotyczyły takiego właśnie bloku. Oznacza to, że **wykonawca INTEC** nie wykazał spełnienia wymogu udziału w postępowaniu postawionego przez **zamawiającego**.

Ponadto **odwołujący** wskazuje, że wątpliwości budzi to, że wskazana przez **wykonawcę INTEC** modernizacja układu zrzutowego turbozespołu bloku nr 8 dotyczyła stacji zrzutowej RS, podczas gdy złożony wraz z ofertą, protokół zdawczo-odbiorczy z **7.08.2014 r.**, dotyczy wyłącznie stacji **SC1**.

Niezależnie od powyższego, **odwołujący** wskazuje, że **wykonawca INTEC** na potwierdzenie należytej realizacji zamówienia wskazanego w **poz. 2 wykazu** zrealizowanych

wskazuje, że zgodnie z **pkt 8.1.1 SIWZ, zamawiający** wymagał złożenia dowodów potwierdzających, że wskazane w wykazie zrealizowane zamówienia zostały wykonane należycie. Dalej w **pkt 8.1.2.1.1 SIWZ, zamawiający** jako jeden z takich dowodów wskazał *poświadczenie* (które w ocenie **odwołującego** należy utożsamiać z przyjętymi na rynku referencjami), a w odniesieniu do zamówień na dostawy lub usługi (zgodnie z **pkt 8.1.2.1.3 SIWZ**) *oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 8.1.2.1.1.*

Przedstawiony przez **wykonawcę INTEC** protokół zdawczo-odbiorczy z **7.08.2014 r.**, odpowiada raczej *innym dokumentom*, jakich złożenie **zamawiający** dopuścił w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane (**pkt 8.1.2.1.2 SIWZ**). Oznacza to, że **wykonawca INTEC** nie dysponując poświadczeniem (referencjami) powinien złożyć żądane przez **zamawiającego** oświadczenie, a nie protokół odbioru, ponieważ przedmiotem tego zamówienia była usługa – co wynika z treści wykazu zrealizowanych zamówień jak i protokołu zdawczo-odbiorczego z **7.08.2014 r.** (nie ma w tych dokumentach słowa o robotach budowlanych). Wskazane wyżej postanowienia **SIWZ** zdają się powtarzać regulację zawartą w **rozporządzeniu w sprawie dokumentów**. Zatem skoro zamawiający zażądał (zgodnie z obowiązującymi przepisami) określonego rodzaju dokumentu (*poświadczenia* lub *oświadczenia*), to przyjmując literalną wykładnię postanowień **SIWZ, wykonawca INTEC** nie złożył wymaganego przez **zamawiającego** dokumentu potwierdzającego należyłą realizację wskazanego zamówienia. Oznacza to, że **wykonawca INTEC** nie wykazał (w sposób wymagany przez **zamawiającego**), że spełnia postawiony przez **zamawiającego** wymóg udziału w postępowaniu.

Wykonawca INTEC w piśmie z **2.07.2015 r.**, kierowanym do **zamawiającego** w toku czynności oceny i badania ofert, wskazywał na analogiczne uchybienie w ofercie **wykonawcy ADS**, cyt. *Żadne dokumenty nie potwierdzają, że wykonawca ADS wykonał prace, polegające na modernizacji układów zrzutowych turbozespołów bloków o mocy minimum 200 MW.*

Dowód: pismo **wykonawcy INTEC** z 2.07.2015 r. – w aktach **postępowania**.

W odniesieniu do obu ww. zamówień, **wykonawca INTEC** jako odbiorcę zrealizowanych przez siebie zamówień wskazuje **PUP GOTECH sp. z o.o.** Jak wynika z wiedzy odwołującego, podmiotem który użytkuje turbozespoły bloków nr 7 i 8 w Elektrowni Dolna Odra, jest PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra.

W ocenie **odwołującego** o należytej realizacji jakichkolwiek prac na ww. turbozespołach, może być tylko i wyłącznie ich użytkownik. Realizacja jakiegokolwiek

zamówienia na rzecz podmiotu, który nie posiada i nie użytkuje ww. turbozespołów, w żaden sposób nie może świadczyć o należytej realizacji *modernizacji układów zrzutowych turbozespołów bloków o mocy minimum 200 MW*. Oczywiście **odwołujący** zdaje sobie sprawę, że **wykonawca INTEC** mógł realizować prace na ww. blokach, jednak odbiorcą tych prac nie był ich **użytkownik**, czyli PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra.

Nawet jeżeli **PUP GOTECH sp. z o.o.** realizował prace dla PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra i korzystał przy tym z **wykonawcy INTEC** jako podwykonawcy, to dla wykazania należytej realizacji prac przez **wykonawcę INTEC**, powinno zostać złożone również poświadczenie (referencje) wystawione przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra**. Bowiem tylko w takiej sytuacji, **zamawiający** mógłby zweryfikować, czy w istocie wskazane przez **wykonawcę INTEC** prace na **blokach nr 7 i 8** w Elektrowni Dolna Odra, zostały zrealizowane należycie. Powyższe również świadczy o tym, że **wykonawca INTEC** nie wykazał, że posiada wymagane przez **zamawiającego** wiedzę i doświadczenie w *modernizacji układów zrzutowych turbozespołów bloków o mocy minimum 200 MW*.

Niezależnie od powyższego, **odwołujący** wskazuje, że jak wynika z jego wiedzy, stacje SC1 na blokach nr 8 i 7 w Elektrowni Dolna Odra, według nomenklatury PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra SC1, są takie same jak stacje RS1 funkcjonujące u **zamawiającego** (tj. w Elektrowni Kozienice). **Odwołujący** wskazuje, że stacje SC1 w Elektrowni Dolna Odra (jak i odpowiadające im stacje RS1 w Elektrowni Kozienice) są stacjami redukcyjno-schładzającymi, zainstalowanymi na dopływie świeżej pary przed turbiną, i jako takie nie są układem zrzutowym turbozespołów. Jak wynika z **pkt 7.1.2.1 SIWZ**, **wykonawcy** mieli wykazać się doświadczeniem w *modernizacji układów zrzutowych turbozespołów bloków o mocy minimum 200 MW*, co wydaje się oczywiste bowiem odpowiada wprost przedmiotowi zamówienia. Natomiast **wykonawca INTEC** przedstawia w odniesieniu do obu ww. zamówień, prace wykonane na stacjach SC1, które nie są układami zrzutowymi, a jak ww. stacjami redukcyjno-schładzającymi. Każdy z tych układów realizuje inne zadania w funkcjonowaniu bloku, każdy z nich pracuje na innych parametrach pary, jak i inne jest przeznaczenie pary po redukcji. Napędy stacji AR są integralną częścią układu regulacji i zabezpieczeń turbiny, pracują w powiązaniu z układem przepływowym turbiny oraz z układem próżniowym turbiny kierując parę wtórnie przegrzaną do kondensatora. Warunki pracy stacji AR są złożone w przeciwieństwie do pracy stacji SC1 w Elektrowni Dolna Odra (czy tak jak w Elektrowni Kozienice, stacji RS1), która ma zupełnie inną specyfikę i realizuje proste zadania redukcji ciśnienia i temperatury pary świeżej z kotła. Innymi słowy układ zrzutowy turbiny realizuje stacja AR, natomiast stacje SC1 w Elektrowni

9

Dolna Odra (czy tak jak w Elektrowni Kozienice, stacje RS1) są stacjami redukcyjno-schładzającymi. Oznacza to, że zrealizowanie przez **wykonawcę INTEC** prac polegających na modernizacji stacji SC1 w Elektrowni Dolna Odra, w żaden sposób nie może być utożsamiane z *modernizacją układów zrzutowych*. Co z kolei świadczy o tym, że **wykonawca INTEC** nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w **pkt 7.1.2.1 SIWZ**.

W **poz. 3 wykazu** zrealizowanych zamówień, **wykonawca INTEC** wskazuje zamówienie polegające na *Dostawie Stacji RS1 na bl. Nr 1 w Elektrowni Kozienice, nr umowy: RZP-BK.2113.1.2015*. Dalej w opisie zamówienia dodaje, że obejmowało ono *wykonanie projektu zabudowy stacji rozruchowo – zrzutowej, dostawę stacji wraz z materiałami, nadzór nad montażem i wykonanie dokumentacji powykonawczej*. Jednocześnie na potwierdzenie należytej realizacji tego zamówienia, **wykonawca INTEC** złożył wraz z ofertą odpis umowy z **27.03.2015 r.** zawartej z **zamawiającym**, wraz z dokumentami dodatkowymi (stwierdzającymi realizację poszczególnych części zamówienia).

Analogicznie jak w odniesieniu do **poz. 1 i 2 wykazu** zrealizowanych zamówień, w opisie tego zamówienia brak jest informacji o mocy modernizowanego bloku jak i o tym, że przedmiotem zamówienia była modernizacja układów zrzutowych. Z treści załączonego na potwierdzenie należytej realizacji odpisu umowy z **27.03.2015 r.** wraz z dokumentami dodatkowymi (stwierdzającymi realizację poszczególnych części zamówienia), nie wynika ani moc bloku ani to, że przedmiotem zamówienia była modernizacja układu zrzutowego.

Co więcej, jak wynika z załączonych przez **wykonawcę INTEC** dokumentów dodatkowych, przedmiotem realizowanych prac była stacja **RS1**, czyli stacja redukcyjno-schładzająca. Jak wskazano powyżej stacja redukcyjno-schładzająca, w żaden sposób nie może być uznana za układ zrzutowy turbozespołu. Co znamienne, prace te są wciąż wykonywane na rzecz **zamawiającego**, a jak wynika z treści umowy z **27.03.2015 r.**, dotyczą stacji **RS1** na bloku nr 1 w Elektrowni Kozienice. Przy czym, przedmiotem **rozpoznawanego zamówienia**, jest realizacja modernizacji stacji **AR** również na bloku nr 1 w Elektrowni Kozienice. Prowadzi to do prostej konkluzji – skoro **wykonawca INTEC** realizuje obecnie na rzecz **zamawiającego**, zamówienie dotyczące stacji **RS1** (a więc stacji redukcyjno-schładzającej) w oparciu o umowę z **27.03.2015 r.**, to w żaden sposób nie można uznać, że przedmiotem tej umowy jest modernizacja układu zrzutowego (czyli stacji **AR**). Uznanie, że modernizacja stacji **RS1** w Elektrowni Kozienice, jest modernizacją układu zrzutowego, prowadziłoby do absurdu, bowiem oznaczałoby, że przedmiotem postępowania są prace realizowane już w oparciu umowę z **27.03.2015 r.** Jednak **zamawiający** wyraźnie rozróżnia te dwa rodzaje prac (tj. dotyczące układu zrzutowego i układu redukcyjno-schładzającego) przez przeprowadzenie dwóch odrębnych postępowań na ich modernizację. Oznacza to, że

wykonawca INTEC na wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w *modernizacji układów zrzutowych*, wskazał prace dotyczące zupełnie innych układów, czyli nie wykazał spełnienia wymogu określonego w **pkt 7.1.2.1 SIWZ**.

Ponadto **odwołujący** wskazuje, że **wykonawca INTEC** na potwierdzenie należytej realizacji zamówienia wskazanego w **poz. 3 wykazu** zrealizowanych zamówień, przedstawił odpis umowy z **27.03.2015 r.** zawartej z **zamawiającym**, wraz z dokumentami dodatkowymi (stwierdzającymi realizację poszczególnych części zamówienia). Przy czym **odwołujący** (analogicznie do zamówień wskazanych w **poz. 1 i 2 wykazu** zrealizowanych zamówień) wskazuje, że zgodnie z **pkt 8.1.1 SIWZ**, **zamawiający** wymagał złożenia dowodów potwierdzających, że wskazane w wykazie zrealizowane zamówienia zostały wykonane należycie. Dalej w **pkt 8.1.2.1.1 SIWZ**, **zamawiający** jako jeden z takich dowodów wskazał *poświadczenie* (które w ocenie **odwołującego** należy utożsamiać z przyjętymi na rynku referencjami), a w odniesieniu do zamówień na dostawy lub usługi (zgodnie z **pkt 8.1.2.1.3 SIWZ**) *oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 8.1.2.1.1.*

Przedstawiony przez **wykonawcę INTEC** odpis umowy z **27.03.2015 r.** zawartej z **zamawiającym**, wraz z dokumentami dodatkowymi (stwierdzającymi realizację poszczególnych części zamówienia), odpowiada raczej *innym dokumentom*, jakich złożenie **zamawiający** dopuścił w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane (**pkt 8.1.2.1.2 SIWZ**). Oznacza to, że **wykonawca INTEC** nie dysponując poświadczeniem (referencjami) powinien złożyć żądane przez **zamawiającego** oświadczenie, a nie odpis umowy, ponieważ przedmiotem tego zamówienia była usługa, co wynika z treści wykazu zrealizowanych zamówień jak i odpis umowy z **27.03.2015 r.** zawartej z **zamawiającym**, wraz z dokumentami dodatkowymi (nie ma w tych dokumentach słowa o robotach budowlanych). Wskazane wyżej postanowienia **SIWZ** zdają się powtarzać regulację zawartą w **rozporządzeniu w sprawie dokumentów**. Zatem skoro **zamawiający** zażądał (zgodnie z obowiązującymi przepisami) określonego rodzaju dokumentu (*poświadczenia lub oświadczenia*), to przyjmując literalną wykładnię postanowień **SIWZ**, **wykonawca INTEC** nie złożył wymaganego przez **zamawiającego** dokumentu potwierdzającego należytą realizację wskazanego zamówienia. Oznacza to, że **wykonawca INTEC** nie wykazał (w sposób wymagany przez **zamawiającego**), że spełnia postawiony przez **zamawiającego** wymóg udziału w postępowaniu.

Wskazuje to, że **wykonawca INTEC** nie wykazał spełnienia wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, postawionego przez **zamawiającego**, w związku z czym powinien on podlegać wykluczeniu z **postępowania**. Tym samym bezdyskusyjnym

jest, że **zamawiający** przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy INTEC** z **postępowania**, w sposób oczywisty naruszył **przepisy Pzp**.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp**, przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy INTEC**, pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako oferta złożona przez **wykonawcę** podlegającego wykluczeniu z **postępowania**.

Bezdyskusyjnym jest, że wobec zmaterializowania się okoliczności uzasadniających wykluczenie **wykonawcy INTEC** z **postępowania**, jego oferta podlegać powinna odrzuceniu. Brzmienie przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp**, nie pozostawia żadnych wątpliwości czy też swobody interpretacyjnej. O ile mamy do czynienia z wykluczeniem jakiegokolwiek wykonawcy z jakiegokolwiek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to na każdym **zamawiającym** ciąży obowiązek odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Zaniechanie tej czynności stoi w oczywistej sprzeczności z ww. przywołanym przepisem **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp**.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu **art. 91 ust. 1 Pzp**, przez dokonanie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez **wykonawcę**, który podlegał wykluczeniu z **postępowania** a jego oferta odrzuceniu.

Zarzut jest naturalną konsekwencją wcześniejszych zarzutów **odwołania**. Oczywiście jest, że w przypadku prawidłowego działania **zamawiającego**, czynność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej ukształtowałaby się zupełnie inaczej. Wynika to z faktu, że gdyby **zamawiający** w wyniku ww. **naruszeń Pzp**, nie zaniechał wykluczenia **wykonawcy INTEC**, oferta ta w ogóle nie podlegałaby ocenie w oparciu o ustalone w **SIWZ** kryteria oceny ofert. Dokonanie czynności oceny i wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez **wykonawcę**, który podlegał wykluczeniu z **postępowania** i jego oferta odrzuceniu, stanowi oczywiste naruszenie **przepisów Pzp**.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 31.07.2015 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **03.08.2015 r. (poniedziałek)** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

06.08.2015 r. wykonawca INTEC złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

12

Odwołujący cofnął zarzuty 4 i 5 do czasu zamknięcia rozprawy **10.08.2015 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez **odwołującego**:

- 1) (dowód nr 1) kopię pisma PGE z 10 sierpnia 2015 r., że – wykazane w poz. 1 i 2 na str. 7 oferty przystępującego – zamówienia nie odnoszą się do układów zrzutowych, gdyż takie postępowania w ogóle nie były wszczynane przez tamtego **zamawiającego** (PGE)
 - 2) (dowód nr 2) schemat układu parowego elektrowni oraz wyciągi z postępowania rozpoznawanego obecnie i prowadzonego w Dolnej Odrze
- Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia **art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** – przez niewykluczenie z postępowania **wykonawcy INTEC**, pomimo że **wykonawca ten** nie wykazał, że posiada wymagane przez **zamawiającego** wiedzę i doświadczenie, tj. nie wykazał, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na modernizacji układów zrzutowych turbozespołów bloków o mocy minimum 200 MW – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał w **rozdz. 7 ust. 7.1.2.1 SIWZ** wykazania, że **wykonawca** w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej jedno

13

minimum 200 MW«. Jednocześnie **zamawiający** nie wymagał od **wykonawców** aby wpisali oni konkretną moc modernizowanych układów zrzutowych. Zamawiający stwierdził na rozprawie cyt. »W trakcie przygotowania postępowania **Zamawiający** rozpoznał inwestycje o mocy większej niż **200 MW**, w związku z tym nie musiał korzystać z dodatkowych informacji odnośnie przedstawionych przez **wykonawców** – **przystępującego** robót w wykazie do spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Rynek jest na tyle mały, że **zamawiający** wiedział o odpowiednich spełnieniach warunku przez **przystępującego**«.

Zamawiający wymagał jednak załączenia do oferty dowodów czy wykazane inwestycje zostały wykonane należycie. Żądanie to było zgodne z **§ 1 ust. 1 pkt 3** rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231); rozporządzenie to jest dalej zwane »**rozporządzeniem o dokumentach**«. Przepis ten brzmi »wykazu [1] wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich [2] wartości, [3] przedmiotu, [4] dat wykonania i [5] podmiotów na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz [6] załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie«. Zwykle dowody należytego wykonania robót dostaw czy usług są zwane referencjami. Jednak nie ma wymagań, aby dokumenty te służyły czemuś więcej niż wykazaniu terminów i należytej jakości wykonania zamówienia oraz wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (§ 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach). Jest to utrwalone w orzecznictwie. Tak np. wyrok KIO z 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt 550/15, gdzie zostało stwierdzone, że referencje służą tylko potwierdzeniu jakości usługi, a nie jej potwierdzeniu zakresu i innych danych odnoszących się do usługi, co wynika z treści **art. 25 ust. 1 i 2 Pzp** w związku z **§ 1 ust. 1 pkt 3** przytaczanego wyżej rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Jednak **odwołujący** nie wykazał, że załączone do oferty informacje o zamówieniach były wykonane na turbozespołach o mocy mniejszej niż wymagana **200 MW**.

Również Izba wzięła pod uwagę kwestię uregulowaną w § 1 ust. 3 rozporządzenia o dokumentach, który to przepis brzmi »W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w ust. 2«. Wykazane przez **przystępującego** dokumenty odnośnie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, co nawet zauważył sam **odwołujący** cyt z protokołu rozprawy »Przystępujący na **str. 7 i 8 oferty** wskazał na

14

wykonanie trzech zamówień, zamówienia z **poz. 1 i 2** były wykonywane przez **podmiot Gotech dla innego zamawiającego Dolna Odra**, natomiast w **poz. 3** – dla samego **Zamawiającego**«.

Dalej **odwołujący** zarzuca, że wykazane przez **przystępującego** prace nie dotyczyły stacji zrzutowej **RS**, ale wskazywały na stację **SC1**. Zdaniem **odwołującego** stacje **SC1** nie są układami zrzutowymi, lecz stacjami redukcyjno-schładzającymi. **Izba** jednak musi zauważyć, że zgodnie z przedstawioną przez **przystępującego** „Instrukcją eksploatacji turbiny 13K215 wraz z urządzeniami i instalacjami pomocniczymi” Elektrowni „Kozienice” SA w części 3 „Układ rozruchowo-zrzutowy” występują części 3.1 „Opis układu rozruchowo-zrzutowego” i 3.1.1 „Stacje redukcyjno-schładzające RS1,2,3”. Tak więc sam **zamawiający** w swoich dokumentacjach używa tych nazw właśnie do nazywania układu rozruchowo-zrzutowego, tak jak to zrozumiał **przystępujący**.

Dowód nr 1 złożony przez **odwołującego** Pokazuje tylko różnice w używaniu nazewnictwa w różnych ośrodkach. Jednak nie podważa poglądu, że stacje **SC1** należą do układu rozruchowo-zrzutowego czy zrzutowego. Podobnie **dowód nr 2** złożony przez **odwołującego** nie podważa tej nomenklatury, która została niezbicie wykazana przez **przystępującego** w przytaczanej »Instrukcji eksploatacji [...]«.

Z wyżej wskazanych względów zarzut pierwszy naruszenia **art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania **przystępującego** – nie może zostać uwzględniony przez **Izbę**.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy INTEC**, pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako oferta złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem **Izby odwołujący** nie dowiódł, że **przystępujący** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym nie może być wykluczony z postępowania, a oferta **przystępującego** uznana za odrzuconą, zgodnie z **art. 24 ust. 4 Pzp**, który brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«.

Izba również zauważyła, że przywoływany przepis **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp** nie ma zastosowania do postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, w którym jest prowadzone rozpoznawane postępowanie zamówieniowe. Przepis **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp** brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert«.

15

Wobec powyższych argumentów Izba nie może uwzględnić zarzutu drugiego naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp**.

W ocenie **Izby**, zarzut trzeci naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp** – przez dokonanie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez **wykonawcę**, który podlegał wykluczeniu z postępowania a jego oferta odrzuceniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem **Izby odwołujący** nie dowiódł, że **przystępujący** powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna być odrzucona, a w zasadzie traktowana jako odrzucona. Z tego względu oferta **przystępującego** powinna być poddana badaniu i ocenie na równi z innymi ofertami. Po ocenie ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji **zamawiający** wybrał ofertę **przystępującego** jako najkorzystniejszą stosując się do **art. 91 ust. 1 Pzp** i **zamawiający** nie naruszył tego przepisu. Przepis art. 91 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Z tego powodu **Izba** nie może uwzględnić zarzutu trzeciego naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp**.

Izba zauważyła także, że odwołujący cofnął zarzuty 4 i 5 i dlatego nie były te zarzuty rozpoznawane.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

16