

Sygn. akt KIO 2589/15
KIO 2596/15

WYROK
z dnia 22 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Robert Skrzyszewski
Marek Szafraniec
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2015 r. przez:

A. wykonawcę: **Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa** (sygn. akt KIO 2589/15),

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o. ul. Golejowska 73b, 44-207 Rybnik** (sygn. akt KIO 2596/15),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów,**

A. przy udziale wykonawcy **ControlTec Sp. z o.o., ul. Tarnogajska 11-13, 50-512 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2589/15 oraz KIO 2596/15 po stronie zamawiającego,

B. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o. ul. Golejowska 73b, 44-207 Rybnik** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2589/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania,

1

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa** (sygn. akt KIO 2589/15) i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum firm Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o. ul. Golejowska 73b, 44-207 Rybnik** (sygn. akt KIO 2596/15), oraz:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej przez odwołujących się, w tym:

A. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa** (sygn. akt KIO 2589/15), tytułem wpisu od odwołania,

B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum firm Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o. ul. Golejowska 73b, 44-207 Rybnik** (sygn. akt KIO 2596/15), tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Piotrkowie Trybunalskim**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2589/15

Sygn. akt KIO 2596/15

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalną S.A. w Bełchatowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Modernizacja Systemów Sterowania i Nadzoru wraz z układami elektrycznymi i AKPiA bloków nr 1-3 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Turów”. Ogłoszenie o zamówieniu nr 2015/S 039-067601 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2015 r. oraz zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły do Zamawiającego 3 oferty. W dniu 17 listopada 2015 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę ControlTec Sp. z o.o. Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na przekroczenie w ofercie wymaganego w SIWZ limitu 30% ceny za wykonanie drugiej fazy zamówienia oraz z uwagi na zaoferowanie w zakresie kryterium częściowego – „Czas wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń” „≤10[ms] dla zabezpieczeń elektrycznych i zabezpieczeń turbiny” oraz „≤ [ms] 150 dla zabezpieczeń technologicznych” – która to wartość jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w pkt 2.2.1.12 Części 2 SIWZ ponieważ zapis, że system „Musi posiadać stały definiowany przez użytkownika na etapie projektu czas cyklu sterownika mniejszy lub równy 20ms, dla procesorów zabezpieczeń” dotyczy zarówno systemu zabezpieczeń technologicznych turbiny jak i systemu zabezpieczeń technologicznych kotła”. Wykonawca dopiskiem „mniejszy lub równy [ms] 150 dla zabezpieczeń technologicznych” ograniczył wymagania zawarte w pkt 2.2.1.12 Części 2 SIWZ, a ponadto podana wartość jest niezgodna z treścią pkt 2.2.1.14 lp.19 Tabeli Części 2 SIWZ „Czas wykonania pętli programowej sterownika systemu zabezpieczeń posiada stały definiowany przez użytkownika na etapie tworzenia projektu, czas cyklu sterownika nie większy niż 20ms” oraz Części 3 SIWZ pkt 4.2.3 lp.4 Tabeli, gdzie Zamawiający określił minimalne wymagania dotyczące czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń na poziomie mniejszym lub równym 20ms.

Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę Konsorcjum Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o., na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania zgodnie z wymaganiem pkt 7.2.5 Części 1 SIWZ w zakresie niekaralności członka zarządu spółki Doosan Babcock Energy Power Polska Sp. z o.o. p. S. L. H. . Oferta tego wykonawcy została uznana za

3

odrzuconą.

KIO 2589/15

Wykonawca: Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec:

1. czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
2. zaniechania poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. wpisania w pkt 1 Formularza Oferty Odwołującego:

„Za Fazę nr 2

- Cenę netto 14 000 000.00 zł

(słownie: czternaście milionów 00/100 złotych)

- podatek VAT: 3 220 000.00 zł

(słownie: trzy miliony dwieście dwadzieścia tysięcy złotych)

- Cenę brutto 17 220 000.00 zł

(słownie: siedemnaście milionów dwieście dwadzieścia tysięcy złotych)

Za Fazę nr 3

- Cenę netto 16 000 000.00 zł.
(słownie: szesnaście milionów 00/100 złotych)
 - podatek VAT: 3 680 000.00 zł
(słownie: trzy miliony sześćset osiemdziesiąt tysięcy złotych)
 - Cenę brutto 19 680 000 zł
(słownie: dziewiętnaście milionów sześćset osiemdziesiąt tysięcy złotych)"
- oraz w pkt 6 tiret 8 Formularza Ofertowego po słowach „turbiny” wpisania słów „i kotła” i wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
3. zaniechania wykluczenia z postępowania ControlTec Sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 Pzp, z uwagi na brak wniesienia wadium;
4. zaniechania wykluczenia z postępowania ControlTec oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Pzp, z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
5. względnie zaniechania wezwania ControlTec na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
- Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że oferta ta winna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
2. art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 i art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia i poprawienia

4

- oferty Odwołującego;
3. art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia ControlTec z postępowania, pomimo, że wykonawca nie wniósł wadium;
4. art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 353 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, poprzez nieuprawnione przyjęcie, że:
- a) oświadczenia Przedsiębiorstwa Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK Sp. z o.o. zawarte w dokumencie znajdującym się na stronie 31 oferty ControlTec kreują po stronie tego podmiotu zobowiązanie, podczas gdy treść tych oświadczeń nie określa przedmiotu świadczenia, a więc nie stanowią one zobowiązań, z uwagi na brak istotnego elementu stosunku zobowiązaniowego;
- b) treść oświadczenia Przedsiębiorstwa Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK Sp. z o.o. wskazuje zgodnie z wymogiem punktu 6.1.2. SIWZ, jakie konkretnie zasoby są przekazywane ControlTec;
- c) treść oświadczeń Przedsiębiorstwa Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK Sp. z o.o. udowadnia realne dysponowanie przez ControlTec udostępnianymi zasobami w postaci wiedzy, doświadczenia i potencjału technicznego tego podmiotu;
- d) treść oświadczenia Przedsiębiorstwa Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK Sp. z o.o. udowadnia dysponowanie przez ControlTec zasobami przez okres niezbędny do wykonania zamówienia.
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia ControlTec oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
6. względnie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania ControlTec do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
7. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez bezprawny wybór oferty ControlTec jako najkorzystniejszej, mimo iż wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania.
- Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty ControlTec, jako najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
3. wyjaśnienia i poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
4. wykluczenia ControlTec na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i pkt 4 Pzp oraz uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, z uwagi na to, że wykonawca ten nie wniósł wadium oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
5. względnie wezwania ControlTec w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia

5

dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
6. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący wniosł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp w postaci utraconych korzyści - przychodów z nieuzyskanego zamówienia.

1. Zarzut zaniechania poprawienia oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Oznacza to, że w przypadku stwierdzenia jakiegokolwiek niezgodności oferty z treścią SIWZ, Zamawiający jest zobligowany do dokonania analizy, czy zachodzi przesłanka do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i w przypadku stwierdzenia takiej okoliczności, do poprawienia oferty. Jeżeli stwierdzi, iż zachodzą podstawy do poprawienia oferty w tym trybie, to nie może zaniechać tej czynności. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający dokonuje czynności poprawienia oferty w przypadku stwierdzenia:

- a) omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ;
- b) niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty.

Powołując się na orzecznictwo KIO, Odwołujący wskazał, że w przypadku art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ustawodawca nie wskazał, że omyłka musi być „oczywista”, a w przypadku gdy nie da się uzasadnić przyczyn świadomego zredagowania oferty w sposób sprzeczny z SIWZ, przyjąć należy, że niezgodność treści oferty z SIWZ powstała wskutek omyłki - w szczególności jeżeli twierdzi tak sam wykonawca, który jest autorem oferty. Nadto omyłka z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako że jej poprawienie nie jest oczywiste, wymaga takiego zawiadomienia. Sposób poprawienia omyłki wyznacza treść specyfikacji (doprowadzenie do zgodności z SIWZ oferty zawierającej omyłkę).

Ad. a) Charakter omyłek oraz sposób ich popelnienia

W pkt 17.5 SIWZ Zamawiający zastrzegł: „Wykonawca jest zobowiązany do podania w Formularzu Oferta cen netto (bez VAT) i cen brutto za wykonanie poszczególnych Faz Zadania z zastrzeżeniem, że: „cena za wykonanie Fazy nr 1 nie może wynieść więcej niż 40% wartości Ceny Kontraktowej, 17.5.1 cena za wykonanie Fazy nr 2 nie może wynieść więcej niż 30% wartości Ceny Kontraktowej”.

Odwołujący zaproponował w ofercie Cenę Kontraktową, w tym za fazę nr 1:

- Cenę netto 19 000 000.00 zł

6

(słownie: dziewiętnaści» milionów 00/100 złotych)

- podatek VAT: * 370 000.00 zł

(słownie: cztery miliony trzysta siedemdziesiąt tysięcy 00/100 złotych)

- Cenę brutto 23 370 000.00 zł

(słownie; dwadzieścia trzy miliony trzysta siedemdziesiąt tysięcy 00/100 złotych)

za fazę nr 2:

- Cenę netto 16 000 000.00 zł

(słownie: szesnaście milionów 00/100 złotych)

- podatek VAT: 3 680 000.00 zł

(słownie: trzy miliony sześćset osiemdziesiąt tysięcy 00/100 złotych)

- Cenę brutto 19 680 000.00 zł

(słownie: dziewiętnaście milionów sześćset osiemdziesiąt tysięcy 00/100 złotych)

Za fazę nr 3:

Cenę netto 14 000 000.00 zł

(słownie; czternaście milionów 00/100 złotych)

- podatek VAT: 3 220 000.00 zł

(słownie: trzy miliony trzysta dwadzieścia tysięcy 00/100 złotych)

- Cenę brutto 17 220 000.00 zł

(słownie: siedemnaście milionów dwieście dwadzieścia tysięcy 00/100 złotych)

Jak można zauważyć „na pierwszy rzut oka”, oferta w nieistotny sposób odbiega od treści wymagania zawartego w pkt 17.5 SIWZ. Rozbicie Ceny Kontraktowej w ofercie przedstawia się bowiem następująco:

Faza 1 - 38,78 % Ceny Kontraktowej;

Faza 2 - 32,65 % Ceny Kontraktowej;

Faza 3 - 28,57 % Ceny Kontraktowej.

Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienie, że powyższa nieistotna niezgodność treści Oferty z wymaganiami SIWZ powstała wskutek omyłki pracownika Odwołującego przygotowującego wycenę przedmiotu zamówienia. Wycena ta doprowadziła do skalkulowania Ceny Kontraktowej w wysokości 49.000.000,00zł netto. Cena Kontraktowa była rozbita na następujące fazy:

Faza 1: 19.000.000,00 zł netto, co stanowi 38,78 % Ceny Kontraktowej;

Faza 2: 14.700.000,00 zł netto, co stanowi 30,00 % Ceny Kontraktowej; oraz Faza 3:

15.300.000,00 zł netto, co stanowi 31,22 % Ceny Kontraktowej.

Powyższe kwoty zostały zaokrąglone w następujący sposób:

Faza 1: 19.000.000,00 zł,

Faza 2: 14.000.000,00 zł oraz Faza 3: 16.000.000,00 zł.

7

Przy przepisywaniu ww. kwot do Formularza Ofertowego nastąpiła omyłkowa zamiana cen dotyczących Fazy 2 i Fazy 3, tj. omyłkowe wpisanie ceny za Fazę 3 jako cenę za Fazę 2, a ceny za Fazę 2 jako cenę za Fazę 3.

Stwierdzenie wystąpienia powyższej omyłki w ofercie nie wymaga jakiegokolwiek wiedzy specjalistycznej i możliwe jest do zauważenia „na pierwszy rzut oka”. Nie istnieje także jakiegokolwiek racjonalne wytłumaczenie, dlaczego Odwołujący przy kilukrotnym zadeklarowaniu, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach zawartych w SIWZ oraz zgodnie z warunkami zawartymi we wzorze umowy (por. oświadczenia zawarte w pkt 1, 2, 3, 4, 5 i w szczególności pkt 7 Formularza Oferty Odwołującego), miałby zaoferować warunki płatności w sposób nieistotny odbiegające od wymaganych transz płatności wynikających z pkt 17.5 SIWZ.

W sytuacji, gdy omyłka nie jest dla Zamawiającego oczywista, winien on zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty stosownie do art. 87 ust. 1 Pzp, a wyjaśnienia złożone z własnej inicjatywy przez wykonawcę powinny być wzięte pod uwagę w celu poprawienia treści oferty. Odwołujący podkreślił, że z orzecznictwa wynika bezspornie, że w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp mogą być poprawiane niezgodności oferty z SIWZ w obszarze ceny ofertowej.

Analogicznie, druga ze stwierdzonych w ofercie niezgodności z SIWZ polegająca na omyłkowym braku zadeklarowania „*≤10 [ms] dla zabezpieczeń kotła*” wynika z nieuwagi osoby przygotowującej ofertę. Odwołujący w wyniku omyłki zapomniał dopisać do zdania słów „i kotła”. Niemniej jednak system zabezpieczeń oferowany przez Odwołującego posiada parametr „*≤10 ms*” jako czas wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń kotła. Z zapisów części technicznej SIWZ wynika, że sterownik, którego dotyczył ten parametr, miał być częścią (elementem) zabezpieczenia technologicznego kotła i turbiny (co wynika z tytułu punktu 2.2.1.12 „Zabezpieczenia technologiczne kotła i turbiny”). Jeżeli Zamawiający miał w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości, mógł zwrócić się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, które w zakresie trybu poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp są jak najbardziej dozwolone.

Ad. b) Nieistotność zmiany treści oferty

Poprawienie w ofercie omyłek, poprzez zmianę rozbicia ceny za poszczególne Fazy oraz dopisanie słów „i kotła”, nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty, gdyż w żaden sposób nie doprowadzi do zmiany Ceny Kontraktowej, która ma charakter ryczałtowy i niezmienny oraz niezależny od sposobu obliczenia cen za poszczególne Fazy, a ponadto, nie dojdzie do jakiegokolwiek zmiany w przedmiocie oferowanego przez Emerson świadczenia w ramach oferty ani do zmiany w rankingu ofert w ramach kryteriów oceny ofert.

W kontekście orzecznictwa KIO oraz sądów okręgowych, poprawienie ww. omyłek

8

w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie będzie prowadzić do istotnej zmiany oferty Odwołującego, gdyż działanie to doprowadzi do odtworzenia oświadczenia woli Odwołującego, tj. nadania jej pierwotnego sensu i znaczenia, wynikającego z rzeczywistego rozbicia ceny oraz faktycznych parametrów oferowanych przez Odwołującego. Przy czym nie dojdzie do zmiany oferty polegającej na zastąpieniu jednego świadczenia innym

świadczeniem albo zmianą Ceny Kontraktowej, ale wyłącznie do nieistotnej zmiany rozbitcia płatności Ceny Kontraktowej oraz dopisania omyłkowo pominiętego przez Odwołującego słowa „i kotła”. Poprawa nie doprowadzi do zmiany ceny ani nie skutkuje zmianą innych elementów oferty.

2. Nieuzasadniony zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie parametru czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń.

Postanowienia SIWZ, Części 3 Kontraktu w Warunkach finansowych i handlowych w pkt 4.2.3 Własności dynamiczne Systemu Sterowania i Nadzoru Bloku Lp. 4 Tabeli (strona 107) oraz Części 2 SIWZ „Wymagania Techniczne” pkt 2.2.1.12, a także tabeli poz. 19 w ramach tego samego punktu 2.2.1.14, Części 2 SIWZ wskazują, że wymagany parametr odnosił się do czasu wykonania pętli programowej w ramach sterownika, jako jednego z elementów układu zabezpieczeń. Sterownik ten zawiera logikę odpowiedzialną za sterowanie układem zabezpieczeń, umiejscowioną w procesorze zabezpieczeń.

Odwołujący poprawnie zatem wskazał wartość dotyczącą czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń na ≤ 10 ms, co jest zgodne z punktem 2.2.1.12 SIWZ, w którym czas wykonania pętli programowej sterownika systemu zabezpieczeń (cykl sterownika) został określony jako „stały, definiowany przez użytkownika na etapie tworzenia projektu, czas cyklu sterownika < 20 ms, dla procesorów zabezpieczeń”. Z tytułu części 2.1.1.12 SIWZ („Zabezpieczenia technologiczne kotła i turbiny”) wynika, że parametry w nim opisywane dotyczą zabezpieczeń kotła i turbiny.

Przy uwzględnieniu obowiązku poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez dopisanie w pkt 6 tiret 8 oferty po słowach „turbiny” słów „i kotła” staje się zatem oczywiste, że Odwołujący zaoferował parametr ≤ 10 ms jako czas wykonania pętli programowej sterownika układu zabezpieczeń w rozumieniu SIWZ, a w szczególności punktu 2.1.1.12.

Rozumiejąc złożoność zagadnienia i chcąc spełnić wymagania, wykonawca podał dwie wartości: wartość wynikającą z SIWZ pkt 2.2.1.12 - „czas cyklu wykonania pętli programowej sterownika” na poziomie ≤ 10 ms ze szczególnym zwróceniem uwagi, że dotyczy to sterownika w ramach kompletnego systemu zabezpieczeń turbiny i kotła oraz, dla zachowania uczciwości inżynierskiej, również realny, łączny, czas wykonania pełnego cyklu działania układu zabezpieczeń czyli czas odczytania wartości mierzonej przez

9

przetwornik pomiarowy, czas wykonania pętli programowej sterownika (przetworzenie zmierzonych wartości) oraz czas wysłania sygnałów wyjściowych do elementu wykonawczego zabezpieczeń np. stycznika, który wynosi nie więcej niż 150 ms. Taki zapis w ofercie, w kontekście opisu wymagań Zamawiającego oraz wiedzy technicznej, nie jest sprzeczny z SIWZ. Jednocześnie w punktach 4 i 5 Formularza Oferty Odwołujący jednoznacznie zadeklarował spełnienie wymagań SIWZ i Kontraktu.

Nadinterpretacją Zamawiającego jest przypisanie informacji o czasie wykonania pełnego cyklu układu zabezpieczeń technologicznych (tj. ≤ 150 ms) jako informacji o czasie wykonania pętli programowej sterownika tego układu, co nie było intencją Odwołującego. Nadinterpretacja ta wynika przede wszystkim z zaniechania przez Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w kontekście złożonych i skomplikowanych wymagań technicznych wskazanych w SIWZ - których opis nie jest jednolity, spójny i wymaga interpretacji.

3. Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania ControlTec

Zgodnie z pkt. 11 SIWZ, Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 100 000 zł, w formach dopuszczalnych przepisami ustawy Pzp, a w przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądzu, zgodnie z pkt 11.2.6 SIWZ wadium należało złożyć w oryginale wraz z ofertą. Zamawiający określił w pkt. 11.2.7 SIWZ, iż wadium „powinno zawierać zobowiązanie instytucji gwarantującej do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty Zamawiającemu kwoty Wadium na pierwsze pisemne żądanie (bez konieczności akceptacji roszczeń Zamawiającego przez Wykonawcę) stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. 46 ust. 5 Ustawy”.

ControlTec załączył na stronie 29 oferty jedynie pierwszą stronę Gwarancji Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium. Z dokumentu tego nie wynika, w jakich okolicznościach Zamawiający jest uprawniony zaspokoić się z przedmiotowej gwarancji. Ponadto, z samego faktu, iż ControlTec nie złożył kompletnej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wynika, że Zamawiający nie może zaspokoić swoich roszczeń i zatrzymać wadium

w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a oraz 46 ust. 5 Pzp.

Zgodnie z pkt 6.1.2 SIWZ, Zamawiający wymagał wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia. Wykonawca, wykazując spełnianie powyższego warunku, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. Należało w takim przypadku przedstawić dokument, z którego będzie wynikać, kto i komu przekazuje zasoby, jakie konkretnie zasoby są przekazywane oraz że zostaną udostępnione wykonawcy na okres niezbędny do wykonania zamówienia, które stanowi oryginał pisemnego zobowiązania, w którym podmioty te zobowiązują się do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

10

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku ControlTec powołał się w trybie art. 26 ust. 2b Pzp na wiedzę i doświadczenie Przedsiębiorstwa Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK Sp. z o.o., która wykonała zamówienia odpowiadające opisanemu w SIWZ wymaganiu (str. 11 oferty ControlTec).

Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przy poleganiu na zasobach podmiotów trzecich może nastąpić jedynie wówczas, gdy podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia udowodni (a nie tylko uprawdopodobni) w sposób nie budzący wątpliwości, że podczas wykonywania zamówienia będzie realnie i faktycznie mógł korzystać z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu. W tym celu musi wykazać, jakie konkretnie zasoby i na jakich konkretnych zasadach będą mu udostępnione. Nie jest wystarczające przedłożenie „zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów” jeżeli z takiego dokumentu nie wynika jakiegokolwiek konkretne zobowiązanie. Niezależnie od tego, czy udział osoby trzeciej ma mieć formę podwykonawstwa, orzecznictwo jest jednolite co do konieczności właściwego wykazania sposobu udostępnienia potencjału, na który się powołuje wykonawca.

3.1 Treść zobowiązania wynikająca z oznaczenia świadczenia

Wskazane w art. 26 ust. 2b Pzp pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów jest tylko przykładowym środkiem dowodowym w zakresie udowodnienia zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Jest to dokument, z którego winno wynikać zobowiązanie podmiotu udostępniającego swój potencjał określający w szczególności treść zaciągniętego zobowiązania. Podstawowe cechy zobowiązaniowego stosunku prawnego zostały zaś określone w art. 353 § 1 k.c. Świadczenie stanowi konstrukcyjny element stosunku zobowiązaniowego bez którego zobowiązanie w ogóle nie powstaje. Według art. 353 § 2 k.c. świadczenie może polegać na działaniu albo zaniechaniu.

3.2 Nieokreślenie treści świadczenia w oświadczeniach EL PAK

Doświadczenie, jako zjawisko niematerialne, nie może stanowić przedmiotu udostępnienia, bez uczestniczenia podmiotu, który to doświadczenie pragnie udostępnić, w pewnym zdarzeniu. Zgodnie z definicją słownikową języka polskiego pojęcie „doświadczenie” oznacza: „ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć” (por. słownik języka polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN S.A. www.sip.pwn.pn). Udostępnienie wiedzy i doświadczenia zawsze będzie wiązać się z udziałem podmiotu, który tę wiedzę i doświadczenie posiada, w wykonaniu określonych czynności w ramach świadczenia lub świadczeń, które muszą zostać skonkretyzowane.

Oświadczenia EL PAK nie zawierają wystarczającego oznaczenia świadczenia oraz nie wskazują także sposobu, w jaki treść świadczenia mogłaby zostać oznaczona na etapie

11

późniejszym lub wskazania osoby, która byłaby uprawniona do takiego wskazania. Nie zawiera wskazania jakiegokolwiek czynności prawnej lub faktycznej, której EL PAK byłby zobowiązany wykonać. Udostępnienie wiedzy i doświadczenia nie stanowi bowiem samo w sobie czynności prawnej ani faktycznej, ale może być zrealizowane poprzez określone świadczenie, które musi być na tyle skonkretyzowane, aby rodziło zobowiązanie po stronie dłużnika, które wierzyciel może wyegzekwować.

Jeżeli więc oświadczenia EL PAK nie stanowią zobowiązania w rozumieniu art. 353 § 1 i 2 k.c. oraz art. 26 ust. 2b Pzp, to tym samym ControlTec nie udowodnił Zamawiającemu, iż będzie dysponować wiedzą i doświadczeniem EL PAK w trakcie realizacji zamówienia i nie może powoływać się na tę wiedzę i doświadczenie w celu wykazania spełniania warunków

udziału w postępowaniu. W takim stanie rzeczy Zamawiający winien wykluczyć tego wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Wykonawca ControlTec Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie KIO 2589/15 w dniu 3 grudnia 2015 r. Wykonawca przedstawił swoje stanowisko w tej sprawie pismem z dnia 10 grudnia 2015 r.

Konsorcjum Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie KIO 2589/15 w dniu 3 grudnia 2015 r.

Zamawiający pismem z dnia 9 grudnia 2015 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

W ocenie Zamawiającego, skorzystanie z trybu wyjaśnienia treści oferty w zakresie niezgodności z SIWZ polegającej na przekroczeniu 30-procentowego limitu ceny za wykonanie drugiej fazy zamówienia, w związku z precyzyjnymi zapisami SIWZ, prowadziło do niedopuszczalnych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w zakresie ukształtowania ceny, a w konsekwencji poprawienie tej niezgodności według wskazań wykonawcy stanowiłoby istotną zmianę treści oferty i skutkowało naruszeniem podstawowych zasad postępowania, jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W stanie faktycznym i prawnym niniejszego postępowania Zamawiający nie mógł samodzielnie usunąć niezgodności oferty z SIWZ, a składane przez wykonawcę wyjaśnienia bez wezwania ze strony Zamawiającego, wyjaśnienia, swoją treścią i zakresem wskazywały na istotność zmiany oferty. Istotny jest fakt, że Odwołujący w piśmie z dnia 22 września 2015 r. oraz z 4 listopada 2015 r. i w odwołaniu w różny sposób wyjaśnił rozbieżność pomiędzy treścią SIWZ i ofertą w zakresie limitów wyceny fazy nr 2 i 3 zamówienia. W różny sposób Odwołujący przedstawił sposób poprawienia treści oferty.

12

Podkreślił, że oświadczenie woli wykonawcy w zakresie ceny było spójne i kompletne w ofercie. Zamawiający dwukrotnie natomiast w treści SIWZ sformułował omawiane wymaganie, w tym w konstrukcji formularza ofertowego, którego celem było odpowiednie zaplanowanie przepływów finansowych w zakresie całego projektu inwestycyjnego, realizowanego w tak długim horyzoncie czasowym.

W zakresie wymagania dotyczącego czasu wykonania pętli programowej sterowników zabezpieczeń parametry zostały określone jednakowo dla układu zabezpieczeń kotła i turbiny (Część 2 SIWZ pkt 2.2.1.12 na poziomie ≤ 20 ms. Był to parametr stanowiący kryterium oceny ofert, zgodnie z pkt 19.1.1.2 Części 1 SIWZ. Wymaganie zostało powtórzone w formularzu ofertowym. Wykonawca w pkt 6 tiret 8 Formularza Ofertowego nie zastosował się do ww. wymagań i oświadczył, że oferuje: „ ≤ 10 [ms] dla zabezpieczeń elektrycznych i zabezpieczeń turbiny” oraz „ $\leq$ [ms]150 dla zabezpieczeń technologicznych”. Ingerencja Zamawiającego w powyższym zakresie prowadziła do ingerencji w treść oświadczenia woli wykonawcy, co jest niedopuszczalne i wyklucza możliwość poprawienia ww. omyłki. Zamawiający podkreślił, że nie dopuścił możliwości podania więcej niż jednej wartości ocenianego parametru oraz żadnego opisu dla którego ten parametr będzie prawdziwy, co wprost wynika z opisu sposobu oceny ofert w tym kryterium, konstrukcji samego formularza ofertowego oraz wymagań zawartych w Części 2 SIWZ. Konstrukcja oferty jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ. Zaoferowane parametry są uzasadnione rachunkiem ekonomicznym rozwiązania technicznego, które jest również dopuszczalne w niektórych przypadkach. Zamawiający jednak w odpowiedzi na pytanie nr 48 do SIWZ potwierdził swoje wymagania w tym zakresie, co ma prowadzić do odtworzenia stanu istniejącego obiektu w tym zakresie. Gdyby Odwołujący zamierzał zaoferować jednolite dla wszystkich układów zabezpieczeń procesory z czasem wykonania pętli programowej na poziomie ≤ 10 ms, to w Formularzu Ofertowym wpisałby tylko ten jeden parametr w miejscu wskazanym przez Zamawiającego, zgodnie z instrukcją.

Co do wadium wniesionego przez ControlTec Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca przedłożył oryginał gwarancji wadium w osobnej kopercie, a do oferty załączył jedynie informacyjnie pierwszą stronę tego dokumentu. Natomiast w kwestii spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający wyjaśnił, że przedłożone oświadczenie Przedsiębiorstwa Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK Sp. z o.o. jest zgodne z wymaganiami SIWZ oraz jest wystarczające dla potwierdzenia warunków spełnienia tych warunków przez wykonawcę. Podmiot ten zobowiązał się do udziału

w realizacji zamówienia poprzez doradztwo, konsultacje i podwykonawstwo, wskazując, że w powyższy sposób udostępni na potrzeby wykonania zamówienia zasoby w postaci wiedzy, doświadczenia oraz potencjału technicznego. Ponadto na str. 13 oferty ControlTec

13

złożył oświadczenie – wykaz części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, z którego jednoznacznie wynika, że ww. podwykonawcy powierzy: udział w zabudowie, oprogramowaniu i uruchamianiu nowego systemu SSNB, udział w dostawie, montażu i demontażu instalacji AKPiA, udział w montażu części elektrycznej, doradztwo i konsultacje. Zamawiający podkreślił, że zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2bnie stanowi oświadczenia na podstawie którego podmiot trzeci jest zobowiązany realizować zamówienie, ale jest to oświadczenie o pomocy przy realizacji zamówienia. Zamawiający nie ma wątpliwości co do realności, zakresu rzeczowego i czasowego oraz przedmiotu udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego.

KIO 2596/15

Konsorcjum: Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec:

1. wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. wyboru oferty ControlTec Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
3. zaniechania wykluczenia ControlTec pomimo, że wykonawca nie wniósł wadium;
4. zaniechania odrzucenia oferty ControlTec pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie przeprowadził skutecznego dowodu na okoliczność przeciwną, co skutkuje tym, że złożenie oferty przez ControlTec stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
5. zaniechania wykluczenia ControlTec pomimo, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania, odnośnie wyjaśnień udzielanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz zdolności kredytowej i realnego dysponowania zasobami w zakresie wiedzy i doświadczenia uzyskanymi od osoby trzeciej;
6. zaniechania wezwania ControlTec do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
7. zaniechania wezwania ControlTec do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie niższej niż 15.000.000 zł;
8. zaniechania odtajnienia wyjaśnień, które ControlTec złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 23 września 2015 r. w zakresie dotyczącym elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89

14

ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 i art. 14 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”), art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty ControlTec Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz odtajnieniem informacji, które ControlTec złożył w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a także z nakazaniem Zamawiającemu wykluczenia ControlTec Sp. z o.o., względnie odrzucenia oferty ControlTec Sp. z o.o. i zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym wynagrodzenia pełnomocnika według rachunku, który zostanie przedłożony na rozprawie. Odwołujący wniósł na podstawie art. 190 ust. 1 w zw. z art. 190 ust. 3 Pzp o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków:
 - Z. B. - na okoliczność przebiegu ustaleń oraz treści, a także zakresu ustaleń między ControlTec Sp. z o.o. a Przedsiębiorstwem Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK Sp. z o.o. w zakresie udostępnienia zasobów na rzecz ControlTec Sp. z o.o., a w szczególności na okoliczność braku rzeczywistego dysponowania niezbędnymi zasobami w

zakresie wiedzy i doświadczenia na termin składania ofert w postępowaniu oraz wykładni oświadczeń Przedsiębiorstwa Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK sp. z o.o. zawartych w dokumencie „zobowiązanie” z dnia 28 lipca 2015 r.;

- W. G. - na okoliczność przebiegu ustaleń oraz treści, a także zakresu ustaleń między ControlTec Sp. z o.o. a Przedsiębiorstwem Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK Sp. z o.o. w zakresie udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia na rzecz ControlTec Sp. z o.o., a w szczególności na okoliczność braku rzeczywistego dysponowania niezbędnymi zasobami w zakresie wiedzy i doświadczenia na termin składania ofert oraz wykładni oświadczeń Przedsiębiorstwa Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK Sp. z o.o. zawartych w dokumencie „zobowiązanie” z dnia 28 lipca 2015 r.;

2. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu prawa Anglii i Walii, a w razie ustalenia przez Izbę braku takiego biegłego na liście właściwego sądu - dopuszczenie z opinii instytutu naukowego: Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa dowodu i Administracji UW, Centrum Prawa Angielskiego i Europejskiego, dla ustalenia podstaw prawnych działania, statusu prawnego, pozycji ustrojowej, a także właściwości rzeczowej, miejscowej oraz funkcjonalnej instytucji: (a) Disclosure and Barring Services oraz (b) Disclosure Scotland, a także charakteru prawnego oraz zakresu przedmiotowego zaświadczeń wydawanych przez te instytucje, w tym „Enhanced certificate” wydawanego przez Disclosure and Barring Services oraz „Basic certificate” wydawanego przez Disclosure

15

Scotland, jak również w celu udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy oraz w którym z zaświadczeń wydawanych odpowiednio przez Disclosure and Barring Services i Disclosure Scotland ujmuje się skazania za przestępstwa takie, jak określone w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp oraz czy w zaświadczeniach tych ujmuje się wszystkie z tych przestępstw, czy też niektóre z nich.

Odwolujący wniósł również o zwrócenie się przez Izbę do Ministra Sprawiedliwości RP o udzielenie tekstu prawa Anglii i Walii oraz o udzielenie tekstu prawa Szkocji w zakresie podstaw prawnych działania, statusu prawnego, pozycji ustrojowej, a także właściwości rzeczowej, miejscowej oraz funkcjonalnej instytucji: Disclosure and Barring Services oraz Disclosure Scotland, a także charakteru prawnego i zakresu przedmiotowego zaświadczeń wydawanych przez te instytucje, w tym „Enhanced certificate” wydawanego przez Disclosure and Barring Services oraz „Basic certificate” wydawanego przez Disclosure Scotland.

Odwolujący wyjaśnił, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyż była jedyną złożoną przez wykonawcę niepodlegającą wykluczeniu, a przy tym jedyną niepodlegającą odrzuceniu.

Wadliwe wadium ControlTec.

Do elementów przedmiotowo istotnych gwarancji ubezpieczeniowej należy określenie przedmiotu zobowiązania gwaranta, a więc wskazanie rezultatu, który gwarancja zabezpiecza, jak również uprawnienia, jakie z niej wynikają przez podanie sumy gwarancyjnej, którą gwarant zobowiązuje się kontrahentowi zapłacić, jeżeli - z powodu niewykonania na jego rzecz określonego świadczenia przez inną osobę (dłużnika głównego) - złoży on gwarantowi żądanie zapłaty o określonej treści i w określonej formie oraz ewentualnie spełni inne warunki zapłaty wskazane w umowie gwarancji (por. wyrok Sądu Najwyższego z 16 grudnia 2009 r. I CSK 281/09, OSNC 2010, nr 6, poz. 92; Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1996 r., II CRN 38/96, OSNC 1996, nr 9, poz. 122).

Zgodnie z pkt 11.2.7 SIWZ Zamawiający wymagał, iż w przypadku wnoszenia wadium w formie niepieniężnej, wadium powinno zawierać zobowiązanie instytucji gwarantującej do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty Zamawiającemu kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. w 46 ust. 5 Pzp.

Gwarancja Euler Hermes przedstawiona przez ControlTec wprowadza do stosunku prawnego niezidentyfikowane osoby prawne i czyni to w sposób niedopuszczony pkt 11 SIWZ. Zawiera warunek, że „prawo do składania roszczeń w ramach niniejszej gwarancji może być przeniesione na rzecz innych osób trzecich jedynie za uprzednią zgodą Banku, wyrażoną na piśmie”. Nie wiadomo, jaki bank ubezpieczyciel wskazał pod tą definicją; czy jest to bank samego ubezpieczyciela, czy też bank, który wystawił wykonawcy

16

zaświadczenie o zdolności kredytowej. Oznacza to, że pewne uprawnienia w związku z „prawem” do składania roszczeń przysługują „Bankowi”, a skoro tak zdefiniowany bank ma roszczenia wyraźnie chronione tekstem gwarancji to oznacza, że roszczeń tych może chronić, również z uszczerbkiem dla Zamawiającego - na przykład na zasadzie art. 59 lub art. 527 KC. Z treści gwarancji wynika ewidentnie, że jednym z jej podmiotów jest Bank.

Dodatkowo, ubezpieczyciel w treści gwarancji zawarł również unormowanie, że „uprawnienia z niniejszej Gwarancji mogą być przeniesione na rzecz innych osób trzecich jedynie za uprzednią zgodą Towarzystwa Ubezpieczeń Euler Hermes S.A.” Wprowadzenie dodatkowej osoby prawnej: „Banku” do tekstu gwarancji chroni zapewne podobne prawa Banku, które ubezpieczyciel chciał chronić zastrzegając uprawnienia dla siebie.

Wg. orzecznictwa sądów okręgowych wprowadzenie do gwarancji treści niezidentyfikowanego podmiotu uzasadnia wykluczenie wykonawców z postępowania, czego dowodem jest gwarancja, która była objęta wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z 24 października 2014 r. sygn. akt XIII Ga 573/14. W świetle ww. wyroku i przywołanego w nim orzecznictwa Sądu Najwyższego, wykładnia oświadczenia woli gwaranta musi następować wyłącznie w oparciu o przepis art. 65§1 KC, a nie art. 65 §2 KC. Tym samym, Zamawiający zobowiązany był wykluczyć ControlTec na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Rażąco niska cena oferty ControlTec.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia powiększono o podatek VAT na kwotę 81.498.816,00 złotych.

W dniu 23 września 2015 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia ceny oferty. ControlTec zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 54.120.000,00 złotych brutto, co stanowi kwotę niższą o ponad 30% od wartości zamówienia.

W dniu 15 października 2015 r. ControlTec przesłał Zamawiającemu „wyjaśnienie zaoferowanej ceny” w części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W części jawnej wykonawca przedstawił głównie orzecznictwo Izby, nie wyjaśniając w istocie kalkulacji ceny. Wykonawca wskazał na takie okoliczności jak: „doświadczenie” tej firmy w realizacji „zamówień o analogicznym przedmiocie i zakresie”, koszty dostaw oraz pracochłonność poszczególnych zadań i „wartość pracy pracowników podczas realizacji zamówienia”, „dotychczasową praktykę współpracy z Zamawiającym”, dotychczasową praktykę ControlTec przy projektach o „analogicznym lub podobnym charakterze”.

Odwołujący podniósł, że ControlTec w ciągu ostatnich pięciu lat uzyskał trzy zamówienia sektorowe, ale były to zamówienia na: Styczeń 2011 r.: „Wymiana systemu automatyki i sterowania Stacji Uzdatniania Wody”, zamawiający: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna Oddział Elektrownia Turów. Całkowita wartość zamówienia wyniosła 1.640.984,00 zł brutto.

17

Czerwiec 2013 r.: (w konsorcjum z PBG Oil and Gas Sp. z o. o. - lider konsorcjum) „Zabudowa dodatkowej sprężarki dla PMG Husów w ramach Projektu pn. Rozbudowa PMG Husów”. Zamawiający: Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA. Całkowita wartość zamówienia wniosła 20.153.207,27 PLN złotych brutto.

Lipiec 2015 r.: „Modernizacja mazutowni w Elektrowni Dolna Odra”. Zamawiający: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna. Całkowita wartość zamówienia wyniosła 13.213.950,00 złotych brutto. Ogłoszenie nr 2011/S 3-004136, Ogłoszenie nr 2015/S 128-236227, Ogłoszenie nr 2013/S 132-229247.

O skali i zakresie przedsięwzięcia w niniejszym postępowaniu świadczy jego wysoka wartość oraz np. to, że prawa i obowiązki stron opisane są we wzorze umowy na ponad 120 stronach, Wymagania Techniczne (Cz. 2 SIWZ) — to ponad 240 stron. Zamawiający udzielił ponad 290 wyjaśnień, a SIWZ zmieniana była 35-krotnie.

Wykonawca nie zrealizował zatem zamówienia o „analogicznym przedmiocie i zakresie”, a tym samym twierdzenia uzasadniane „dotychczasową praktyką” ControlTec przy projektach o „analogicznym lub podobnym charakterze” nie są zgodne z prawdą. Świadome podanie nieprawdziwych informacji w wyjaśnieniach, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, w sposób oczywisty może wpływać na wynik postępowania. Wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania.

Na brak realizacji „analogicznych” zamówień dodatkowo wskazuje fakt, że cena, którą ControlTec zaoferował w tym przetargu, odpowiada niemal wartości rocznych przychodów Spółki za 2014 r. i przekracza roczny przychód za rok 2013 i 2012.

Jest nieprawdopodobne, aby w kontekście tego wielomilionowego zamówienia ww.

spółka mogła uzyskać znaczące rabaty lub preferencyjne stawki od poddostawców lub podwykonawców albo większe upusty na dostawy, usługi oraz roboty budowlane, które trzeba „nabyć”, aby należycie wykonać zamówienie. Spółka nie ma dostępu do korzyści i oszczędności, które wynikają z dokonywania zakupów w ramach grupy, i to nie tylko towarów, ale również ubezpieczeń, czy też usług bankowych.

Koszty pracownicze ponoszone przez wykonawcę nie będą też znacząco niższe, gdyż koszt pracy w województwie dolnośląskim (siedziba ControlTec) nie odbiega istotnie od kosztów w województwie śląskim (siedziba Doosan Babcock Energy Polska) i mazowieckim (siedziba ABB oraz Emerson).

Skoro Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a wykonawca te wyjaśnienia złożył, to Zamawiający winien był dokonać analizy wszechstronnej i skrupulatnej. ControlTec w wyjaśnieniach z 15 października 2015 r. nie mógł skutecznie oprzeć się na stwierdzeniach ogólnych, które są właściwe również pozostałym konkurentom.

Zdaniem Odwołującego, ControlTec w wyjaśnieniach podawał zapewne argumenty

18

i okoliczności, które mogą być właściwe dla wielu podmiotów funkcjonujących na tym rynku, które świadczą usługi także na rzecz podmiotów sektorowych. W rezultacie, wykazywane w wyjaśnieniach ControlTec czynniki nie stanowią obiektywnych czynników, o jakich mowa w art. 90 ust. 2 Pzp.

W okolicznościach zamówienia złożenie oferty z rażąco niską ceną stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji i jest podstawą do jej odrzucenia, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. ControlTec usiłuje dokonać sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. stosuje tak zaniżone ceny, iż nie obejmują one wszystkich wymaganych kosztów usług, dostaw, robót budowlanych. Działania te podejmowane są w celu eliminacji innego przedsiębiorcy.

Wadliwe było również uznanie przez Zamawiającego za tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkich informacji podanych przez ControlTec w Załączniku 4 oraz 4a-4h do wyjaśnień z 15 października 2015 r. Zamawiający odmówił udostępnienia tych informacji pismem z 17 listopada 2015r., a zatem zarzut ten sformułowany został terminowo.

Aby rzetelnie przedstawić czynniki kosztowe, ControlTec musiał pogrupować je w pewne kategorie. O ile poszczególne wartości, istotnie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i Odwołujący nie domaga się ich odtajnienia, to jednak pewne ogólne informacje, w tym poszczególne grupy kosztowe już taką tajemnicą nie są. Z tych względów, odmowa ich udostępnienia przez Zamawiającego narusza art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk.

Niewykazanie warunku udziału w postępowaniu: zdolność kredytowa ControlTec.

Zgodnie z pkt 6.1.4. SIWZ, o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową na poziomie nie niższym niż 15 000 000,00 PLN lub równowartość tej kwoty w innej walucie.

Pkt 7.1.3 SIWZ nakazywał przedstawienie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert.

ControlTec posłużył się zdolnością kredytową. Zgodnie z art. 70 ust. 1 Prawa bankowego, „Bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności.”

ControlTec przedstawił dokument „zaświadczenie” z 25 sierpnia 2015 r. od ING Bank Śląski S.A. Oddział we Wrocławiu, które nie potwierdza zdolności kredytowej. Według

19

oświadczenia banku, bank nie bierze odpowiedzialności ani za ujawnienie dokumentu osobom trzecim, ani za „wnioski wyciągnięte przez osoby trzecie” na podstawie tego dokumentu. Nie jest to zatem żaden dowód na zdolność kredytową.

Ponadto, ww. zaświadczenie dotyczy zdolności kredytowej warunkowej, a co więcej widelkowej. Według oświadczenia banku, górna granica zdolności zamyka się „przed” 15 mln

złotych. Natomiast nie ma żadnej granicy dolnej. W świetle treści tego dokumentu, prawdziwym jest stwierdzenie, że wykonawca ma zdolność mniejszą niż 15 milionów złotych. Co więcej, taka treść jest też wyraźnie sprzeczna z pkt 6.1.4 SIWZ, gdyż Zamawiający wymagał zdolności nie do kwoty 15 mln, a od kwoty 15 mln PLN.

Z dokumentu tego wynika, że zdolność kredytowa w nim opisana nie była zdolnością pewną, ostateczną. Z zaświadczenia z 25.08.2015 r. wynika, że zdolność warunkowana jest „spełnieniem szczegółowych warunków Banku”. Brak jest dowodu na to, że warunki te są spełnione. Takimi warunkami może być na przykład przedstawienie przez podmioty o takiej kondycji finansowej, jak ControlTec dodatkowych zabezpieczeń, których one nie mają w swojej dyspozycji.

Ustawodawca zrównał posiadanie środków finansowych ze zdolnością kredytową. Oznacza to, że zdolność kredytowa musi być realna i rzeczywista i musi dawać taką samą „pewność”, jaką daje dysponowanie środkami finansowymi.

Bank wydał natomiast enigmatyczne i wieloznaczne oświadczenie o 15 milionowej zdolności w dniu 25 sierpnia 2015 r., a wykonawca uzyskał gwarancję ubezpieczeniową na milion złotych dzień później (26 sierpnia 2015 r.). Ta sekwencja zdarzeń wskazuje, że bank wystawiał zaświadczenie nie wiedząc, że wykonawca jest w toku procedury, wskutek której „skonsumuje” część zdolności kredytowej w związku uzyskaniem i koniecznością pokrycia gwarancji ubezpieczeniowej na milion złotych, a nadto, że wykonawca, który rzekomo ma 15 milionową zdolność kredytową, nie zdecydował się uzyskać w swoim banku gwarancji wadialnej, chociaż dokładnie w tym samym banku trwała procedura oceny jego „zdolności kredytowej”.

Zachowanie to służyło uzyskaniu odpowiednich dokumentów i mogło mieć oczywisty wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający dzięki nim uznał, że ControlTec spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Wykonawca podał zatem nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, jednak Zamawiający okoliczności tych w ogóle nie badał, czym naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający nie wzywał ControlTec do uzupełnienia dokumentów dotyczących zdolności kredytowej; nie wzywał też do wyjaśnienia, jaki wpływ na zdolność kredytową „do 15 mln” złotych miało zaciągnięcie milionowego zobowiązania z gwarancji wadialnej.

20

Nieudowodnienie warunku udziału w postępowaniu: wiedza i doświadczenie uzyskane przez ControlTec od osoby trzeciej.

Zamawiający wymagał w pkt 6.1.2. SIWZ wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia. Zamawiający dopuścił, aby wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. Wykonawca w takiej sytuacji był zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zamawiający zastrzegł jednak, że z dokumentu tego powinno precyzyjnie wynikać, kto i komu przekazuje zasoby, jakie konkretnie zasoby są przekazywane oraz że zostaną udostępnione wykonawcy na potrzeby wykonania zamówienia. W takim przypadku Zamawiający wymagał, w szczególności przedłożenia:

- oryginału pisemnego zobowiązania, w którym podmioty te zobowiązują się do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia,
- wykazu zrealizowanych zamówień wraz z dowodami potwierdzającymi, że zostały one wykonane należycie,
- dokumentów ujawniających zasadę reprezentacji tych podmiotów.

Przekazanie wykonawcy przez podmiot trzeci danego potencjału musi mieć charakter realny i rzeczywisty, co podkreślał wielokrotnie w swoich orzeczeniach Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Stanowisko to jest również ugruntowane w stabilnym orzecznictwie Izby.

Wykonawca ControlTec przedstawił „ZOBOWIĄZANIE” z dnia 28 lipca 2015 r. które nie stanowi wypełnienia obowiązku udowodnienia, nałożonego na wykonawcę w art. 26 ust. 2b Pzp. Z treści zobowiązania EL PAK nie wynika, jaki zakres posiadanych zasobów zostanie udostępniony, jak te zasoby zostaną wykorzystane, w jakim okresie i w jaki sposób EL PAK ma uczestniczyć przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Na termin składania oferty ControlTec Sp. z o.o. nie zapewnił sobie konkretnego i egzekwowalnego

podwykonawstwa ze strony podmiotu udostępniającego zasoby, ani innego konkretnego i realnego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Zamawiający udzielił zamówienia, akceptując bezkrytycznie i bez żadnych wyjaśnień ogólną, abstrakcyjną, sprowadzającą się w praktyce do dwóch akapitów deklarację podmiotu trzeciego, co narusza art. 7 ust. 3, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp.

Bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu braku zaświadczenia wydanego przez Disclosure Scotland dla członka zarządu mieszkającego w Anglii.

21

Zamawiający w pkt 7.2.5 części 1 SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców wymagał, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, dołączenia do oferty m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 5-8 Pzp, miały miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca miał złożyć w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 5-8 wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert.

W przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydawało się takich zaświadczeń, należało je zastąpić dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem.

Zamawiający powtórzył w SIWZ treść przepisu §3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”). Rozporządzenie w sprawie dokumentów zostało wydane na podstawie delegacji ustawowej art. 25 ust. 2 Pzp i w powiązaniu z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, które implementują w tym zakresie artykuł 45 ust. 3 in fine w związku z artykułem 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18 i artykułem 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17.

Miejscem zamieszkania jednego z członków zarządu Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. jest Anglia. Odwołujący, pierwotnie przedstawili Zamawiającemu oświadczenie z dnia 30 kwietnia 2015 r. (oferta str.106), które ten członek zarządu złożył przed notariuszem.

Pismem z 23 września 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, czy w miejscu zamieszkania tego członka zarządu wydaje się zaświadczenia odnośnie przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, a jeżeli takie zaświadczenia byłyby wydawane - aby stosowny dokument przedłożyć. Zamawiający wskazał, że takim dokumentem powinien być dokument wydawany przez Disclosure Scotland.

Pismem z 16 października 2015 r. Odwołujący wyjaśnił, że miejscem zamieszkania członka zarządu nie jest Szkocja, a Anglia. Dla usunięcia jakichkolwiek wątpliwości po stronie Zamawiającego Odwołujący załączył zaświadczenie z 6 marca 2015 r. „Enhanced certificate” wydane przez angielski organ: Disclosure&Barring Services („DBS”).

W dniu 17 listopada 2015 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania podnosząc, że dokumentem, który należało przedłożyć było szkockie zaświadczenie

22

z instytucji „Disclosure Scotland”. Zamawiający nie przytoczył żadnego przepisu prawa obcego, a powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdzając, że „rejestr jakim jest DBS nie wystawia zaświadczeń z rejestru karnego dotyczących osób zarządzających, które mogłyby swym zakresem pokrywać się z zakresem wymaganych informacji, określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp”.

Zdaniem Odwołującego, stanowisko to jest błędne, gdyż wykładni przepisów prawa krajowego należy dokonywać z uwzględnieniem reguł wykładni pro-unijnej. Przepis art. 24 Pzp implementuje artykuł 45 ust. 3 in fine w związku z artykułem 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18 i artykułem 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17. Faktem powszechnie znanym (art. 190 ust. 5 Pzp) jest, że Anglia jest krajem odrębnym od Szkocji i choć wchodzi one w skład Zjednoczonego

Królestwa, to jednak kraje te mają odrębne parlamenty, sądownictwo, system prawny, organy administracyjne etc. W tym kontekście, odwołanie się przez Zamawiającego do „Wielkiej Brytanii” jest nieprawidłowe. Przepis § 3 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi o „właściwym organie sądowym albo administracyjnym miejsca zamieszkania”. Chodzi zatem o organ administracyjny, który posiada właściwość miejscową, rzeczową oraz funkcjonalną. Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „właściwości organu”, ale ponieważ stanowi o „organie administracyjnym”, to należy sięgnąć do siatki pojęciowej prawa i orzecznictwa administracyjnego. Przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów wiążą obowiązek uzyskania zaświadczenia z możliwością uzyskania go przed organem administracyjnym, właściwym miejscowo, a zatem organem właściwym nad częścią obszaru danego kraju. Reguły ustalania właściwości miejscowej określają przepisy postępowania administracyjnego (art. 21 kpa).

Według prawa Anglii i Walii, w tym według ustawy o Policji z 2007 r. (the Police Act 1997) organem właściwym do wydawania zaświadczeń o niekaralności dla osób mieszkających w Anglii jest Disclosure and Barring Services. Nie jest nim natomiast Disclosure Scotland, która od 2009 r. jest Agencją Wykonawczą Szkockiego Rządu. (Opinia prawna na prawie angielskim sporządzona przez mec. M. C., *Queens Counsel*, Londyn, Bruksela — wraz z tłumaczeniem przysięgłym)

Z kolei zaświadczenie „Enhanced certificate” jest najszerszym z możliwych do uzyskania zaświadczeń w zakresie niekaralności osoby fizycznej w Anglii i potwierdza niekaralność danego członka zarządu za czyny opisane w Artykule 45 dyrektywy 2004/18. Posiada ono również szerszy zakres przedmiotowy niż dokument, którego bezprawnie oczekiwał Zamawiający („basic certificate”).

W świetle złożonych dokumentów, nie ma wątpliwości, że pan S. L. H. jest osobą niekaraną, i że przedstawił w tym zakresie najobszerniejszy pod względem prawnym dokument wystawiany w jego miejscu zamieszkania. Odwołujący podkreślił,

23

że zgodnie z zasadą proporcjonalności w prawie wspólnotowym, podejmowane środki nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia danego celu. Zamawiający zasadę tę naruszył.

Sąd — a zatem i Izba — może sięgać np. do dzienników ustaw państw obcych, do innych tego typu zbiorów tekstów prawnych oraz do publikacji naukowych. Nie jest też wyłączone korzystanie z opinii biegłego lub z zagranicznych stron internetowych, na których publikowane są teksty ustaw. Nadto, Izba jest władna zwrócić się do Ministerstwa Sprawiedliwości w trybie art. 1143 §2 k.c. Obowiązkiem sądu, a nie strony, jest przedsięwzięcie wszystkich czynności, w tym uzyskanie dostępu do tekstu oraz przyjętej interpretacji prawa zagranicznego, umożliwiających należyte zorientowanie się w stanie normatywnym stanowiącym podstawę orzekania. Zamawiający w istocie na Izbę przerzucił swój obowiązek ustalenia i zastosowania właściwego prawa. To Zamawiającego obciążał ciężar udowodnienia przesłanek wykluczenia, a na ControlTec spoczywał obowiązek udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz że zapewnił sobie realne i rzeczywiste dysponowanie zasobami osób trzecich (art. 26 ust. 2b Pzp).

Wykonawca ControlTec Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie KIO 2596/15 w dniu 3 grudnia 2015 r. Wykonawca przedstawił swoje stanowisko w tej sprawie w piśmie procesowym z dnia 21 grudnia 2015 r.

Wykonawca Emerson zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie KIO 2596/15 w dniu 3 grudnia 2015 r.

Zamawiający pismem z dnia 9 grudnia 2015 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że kwestionowane w odwołaniu postanowienie dotyczące uprawnień Banku w treści gwarancji wadialnej nie wywierają żadnych skutków prawnych co do ważności i skuteczności złożonego wadium, a w konsekwencji co do możliwości zaspokojenia się z niego Zamawiającego. Zamawiający nie miał żadnych podstaw do kwestionowania skuteczności i ważności wniesienia wadium.

W zakresie zdolności kredytowej ControlTec Zamawiający wskazał, że skoro Zamawiający wymagał zdolności kredytowej na poziomie min. 15.000.000,00 zł to w tej

wysokości zdolność kredytowa jest spełnieniem tego warunku udziału. Sformułowanie „do kwoty 15.000.000.00” oznacza włącznie z tą kwotą, a nie jak twierdzi Odwołujący „przed” tą kwotą. Ponadto zdolność kredytowa nie jest tożsama z przyrzeczeniem udzielenia kredytu 24

lecz stanowi ocenę banku co do zdolności spłaty przyszłego zobowiązania.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny, Zamawiający wyjaśnił, że oceniając wyjaśnienia złożone przez ControlTec Zamawiający wziął pod uwagę przyjęty przez wykonawcę sposób kalkulacji ceny potwierdzony dokumentami ofertowymi na główne dostawy. Wykonawca wskazał również inne metody uzyskania oszczędności przy realizacji zamówienia takie jak wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy oraz jego doświadczenie w realizacji tego typu projektów. Wykonawca ControlTec jest firmą polską, posiadającą wysoko wykwalifikowaną i doświadczoną kadrę techniczno-inżynierską realizującą liczne projekty w zakresie energetyki wytwórczej w Polsce i na świecie. Wykonawca stworzył metodę, jak i narzędzia informatyczne pozwalające zautomatyzować prace związane z projektowaniem, programowaniem, uruchomieniem oraz montażem, a tym samym skrócić czas i zmniejszyć koszt wykonania tych prac. Wykonawca posiada kontakty handlowe potwierdzone upustami cenowymi od dostawców, znajomość rynku, dostępność sprzętu, personelu, podwykonawców, doświadczenie z poprzednich kontraktów, które posiadają wymierną wartość ekonomiczną, co pozwoliło na uznanie, że zaoferowana cena ma charakter rynkowy i została skalkulowana w rzetelny sposób, zapewniający zysk z realizacji zamówienia. Wykonawca wskazał jakie ponosi koszty oraz uzasadnił, że cena ta jest realna, pozwala na wygenerowanie zysku. W ocenie Zamawiającego zakres wyjaśnień objęty klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa był prawidłowy i uzasadniony treścią tych dokumentów.

W zakresie braku wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia Zamawiający przedstawił stanowisko zbieżne ze stanowiskiem wyrażonym w tym zakresie w sprawie o sygn. akt KIO 2589/15.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania, Zamawiający podniósł, że w Wielkiej Brytanii działa kilka instytucji, które zajmują się wydawaniem zaświadczeń o niekaralności osób fizycznych. Disclosure and Barring Service (DBS) zajmuje się przeprowadzaniem tzw. DBS check, czyli sprawdzaniem całej przeszłości kryminalnej danej osoby.

Miedzy DBS check a polskim zaświadczeniem wydawanym z KRK są znaczne różnice. DBS check przeprowadza się tylko na żądanie pracodawcy lub potencjalnego pracodawcy w przypadku określonym w prawie brytyjskim. Disclosure and Barring Service (DBS) w ograniczonym zakresie prowadzi rejestr karny osób fizycznych. Zakres informacji o przestępstwach gromadzony w tym rejestrze nie odpowiada typom przestępstw wymienionych w art. 254 ust. 4-8 Pzp. W Wielkiej Brytanii DBS nie wydaje zaświadczeń potwierdzających brak karalności na potrzeby postępowania w sprawie zamówienia

25

publicznego. DBS nie posiada własnych zasobów danych lecz występuje o udzielenie informacji do policyjnej centralnej bazy danych o skazanych (ang. Police National Computer). Informacja zwrotna zawiera dane dotyczące przestępstw istotnych z punktu widzenia rodzaju pracy o jaką aplikuje dana osoba.

Kolejną instytucją wydającą zaświadczenia o niekaralności jest Disclosure Scotland, który to urząd wydaje zaświadczenia odpowiadające polskiemu KRK, co wynika jednoznacznie z orzecznictwa KIO. Jest to urząd brytyjski wbrew twierdzeniom Odwołującego. Urząd ten pobiera dane z trzech rejestrów: Szkocki Rejestr Karny (Scottish Criminal History System, UK-wide Police National Computer (Brytyjski Krajowy Komputer Policyjny), Access NI (Rejestr Irlandii Północnej)). W przypadku podstawowych zaświadczeń jedynie niezatarte przestępstwa są wykazywane w dokumencie zaświadczenia. Zaświadczenia takie są łatwo dostępne w Wielkiej Brytanii i odpowiadają zakresowi zaświadczeń o niekaralności wydawanych w Polsce.

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

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Obaj Odwołujący, tj. wykonawca Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2589/15) oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Konsorcjum firm Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Rybniku, wykazali, że spełniają przesłanki, wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania. W przypadku potwierdzenia się zarzutów każdego z odwołań, ww. wykonawcy, po przywróceniu ich do postępowania i odrzuceniu oferty złożonej przez ControlTec Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, uzyskaliby odpowiednio szansę wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej. Powyższe okoliczności czynią zadość wymaganiom art. 179 ust. 1 Pzp w zakresie legitymacji czynnej ww. wykonawców w niniejszym postępowaniu.

Izba postanowiła stwierdzić skuteczność przystąpienia wykonawcy ControlTec Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2589/15 i KIO 2596/15 oraz przystąpienia Konsorcjum Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o.

26

w sprawie KIO 2589/15 po stronie Zamawiającego, które spełniają ustawowe wymagania określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba postanowiła uznać za nieskuteczne przystąpienie wykonawcy Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2596/15 po stronie Zamawiającego. W tym zakresie Izba uwzględniła opozycję przeciwko przystąpieniu, zgłoszoną przez Odwołującego - Konsorcjum Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o. W ocenie Izby, wykonawca Emerson nie wykazał interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp, w sytuacji, gdy wykonawca ten potencjalnie wyprzedza w rankingu ofert Konsorcjum Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o. Przystąpienie do tego postępowania po stronie Zamawiającego oznacza wspieranie wyboru oferty ControlTec Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz wspieranie decyzji o wykluczeniu Konsorcjum Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o. z postępowania (oferty, która klasyfikuje się na dalszej pozycji w rankingu ofert). Żadne z powyższych działań nie ma wpływu na zmianę sytuacji wykonawcy Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności nie zmierza do uzyskania zamówienia przez zgłaszającego przystąpienie ww. wykonawcę. Interes w przystąpieniu wykonawcy po danej stronie postępowania odwoławczego nie może być oceniany w oderwaniu od celu postępowania, w tym dążenia stron postępowania do kontynuacji danego zamówienia i dążenia do uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który zgłasza przystąpienie.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania, połączone do łącznego rozpoznania, w zakresie zarzutów zawartych w tych odwołaniach.

Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło trzech wykonawców: Konsorcjum Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o. w Rybniku, wykonawca Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. w Warszawie oraz wykonawca ControlTec Sp. z o.o. we Wrocławiu. Stosownie do kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ (pkt 18 Część 1 SIWZ IDW) oferty ww. wykonawców potencjalnie plasują się w następującej kolejności: 1. ControlTec Sp. z o.o., 2. Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o., 3. Konsorcjum Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o.

KIO 2589/15 - odwołanie wniesione przez wykonawcę Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o.

27

Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że treść oferty w zakresie nieodpowiadającym treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia winna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, po uwzględnieniu wyjaśnień złożonych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Oferta Emerson została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 j.t. z późn. zm.), ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

1. W ofercie Odwołującego został przekroczony 30% limit ceny za wykonanie drugiej fazy zamówienia.

W pkt 17.5 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że wykonawca jest zobowiązany do podania w Formularzu Ofertowym cen netto (bez VAT) i cen brutto za wykonanie poszczególnych Faz zadania z zastrzeżeniem, że: cena za wykonanie Fazy nr 1 nie może wynieść więcej niż 40% wartości Ceny Kontraktowej, a cena za wykonanie Fazy nr 2 nie może wynieść więcej niż 30% wartości Ceny Kontraktowej.

Postanowienie powyższe zostało powtórzone w punkcie 18.5.2 SIWZ, w którym Zamawiający podał jednoznacznie, że „cena za wykonanie Fazy nr 2 nie może wynieść więcej niż 30% Ceny Kontraktowej”. To samo zastrzeżenie, ze wskazaniem odpowiednio pkt 18.5.2 SIWZ, zostało powtórzone ponownie w punkcie 1 Formularza Ofertowego, w miejscu w którym należało podać cenę za Fazę nr 2, poprzez określenie „za fazę nr 2 (zgodnie z p. 18.5. SIWZ nie więcej niż 30% Ceny Kontraktowej)”.

Zaoferowana przez Odwołującego w Formularzu Ofertowym cena netto za wykonanie Fazy nr 2 wyniosła 16.000.000,00 zł, co stanowi 32,65% Ceny Kontraktowej, a zatem stanowi wartość wyższą niż 30% Ceny Kontraktowej. Rozbicie Ceny Kontraktowej w ofercie Odwołującego przedstawia się w sposób następujący:

Faza 1 38,78 % Ceny Kontraktowej;

Faza 2 32,65 % Ceny Kontraktowej;

Faza 3 28,57 % Ceny Kontraktowej.

Odwołujący złożył w odwołaniu wyjaśnienia dotyczące powstania tej niezgodności w sposób rozbieżny z wyjaśnieniami złożonymi Zamawiającemu w toku badania ofert (pismo z dnia 22 września 2015 r.). Ponadto, Odwołujący powoływał się na czynność zaokrąglania wartości, które to zaokrąglenie jest niezgodne z obowiązującymi zasadami zaokrąglania kwot.

Zauważyć również należy, że Odwołujący składając ofertę samodzielnie zmienił Formularz Ofertowy, opracowany jako wzór przez Zamawiającego, usuwając zawarte w tym wzorze opisy wymagań Zamawiającego co do sposobu rozbicia oferowanej Ceny

28

Kontraktowej dla każdej z trzech Faz realizacji zamówienia.

Odwołujący nie kwestionował faktu, że cena wskazana w ofercie za Fazę nr 2 przekracza limit określony przez Zamawiającego.

2. Odwołujący na stronie 4 oferty zaoferował w zakresie kryterium cząstkowego „Czas wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń”: „≤10 [ms] dla zabezpieczeń elektrycznych i zabezpieczeń turbiny * oraz „≤ [ms] 150 dla zabezpieczeń technologicznych”, co jest niezgodne z wymaganiem określonym w pkt. 2.2.1.12 Części 2 SIWZ - Wymagania techniczne.

W pkt 2.2.1.12 Części 2 SIWZ Zamawiający zawarł jednoznaczne postanowienie dotyczące systemu zabezpieczeń technologicznych kotła i turbiny, o treści: „Musi posiadać stały definiowany przez użytkownika na etapie projektu czas cyklu sterownika ≤ 20ms, dla procesorów zabezpieczeń”.

W pkt 2.2.1.14, Lp. 19 Tabeli Części 2 SIWZ, Zamawiający określił parametr „Czas wykonania pętli programowej sterownika systemu zabezpieczeń posiada stały, definiowany przez użytkownika na etapie tworzenia projektu, czas cyklu sterownika, nie większy niż 20ms.”. Również w Części 3 SIWZ - Kontrakt w Warunkach finansowych i handlowych w pkt 4.2.3 Własności dynamiczne Systemu Sterowania i Nadzoru Bloku Lp. 4 Tabeli, Zamawiający określił minimalne wymagania dotyczące czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń na poziomie ≤ 20ms.

Powyższy parametr „czas wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń” stanowił jedno z kryteriów oceny ofert. Wykonawcy mogli zaoferować parametr lepszy, tj. krótszy czas od czasu określonego przez Zamawiającego jako maksymalny, zgodnie z pkt. 19.1.1.2 Części 1 SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców i Wymagania Formalno-Prawne. Zamawiający przypisał temu kryterium następującą wagę:

- Jeżeli Wykonawca zadeklaruje 20ms otrzyma 0 punktów.
- Jeżeli Wykonawca zadeklaruje < 10ms otrzyma 10 punktów.
- Jeżeli Wykonawca zadeklaruje wartości pomiędzy 20ms a 10ms wówczas otrzyma

proporcjonalną ilość punktów (0-10 punktów).

Wymaganie powyższe zostało powtórzone także w Części 1 SIWZ w Formularzu Oferta (Załącznik nr 1 do Części 1 SIWZ), w którym w ppkt 6, odpowiednio przy opisie parametru technicznego, należało wpisać konkretną oferowaną wartość. W przypadku parametru „czas wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń” należało zatem podać odpowiednią oferowaną wartość w jednostkach „ms”.

Jak zastrzegł Zamawiający w tym miejscu Formularza Ofertowego, „Podane przez Wykonawcę wartości zostaną uwzględnione przy obliczaniu Kryterium nr 2 oraz wpisane do Kontraktu w Klauzulę 4.2.5. Warunków Finansowych i Handlowych”.

29

Treść SIWZ w odniesieniu do tego parametru była przedmiotem wyjaśnień na zapytania ze strony wykonawców. Zamawiający podtrzymał w tym zakresie w całości treść wymagania.

Odwołujący w ofercie nie zastosował się do wyraźnie opisanego w SIWZ ww. wymagania dotyczącego podania „czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń”. Odwołujący nie podał dla tego parametru jednej konkretnej wartości, jak wymagał Zamawiający. W Formularzu Ofertowym zamiast podania jednej wartości (czasu) Odwołujący wpisał w tym miejscu dwa parametry sformułowane przez wykonawcę samodzielnie: „≤ 10 [ms] dla zabezpieczeń elektrycznych i zabezpieczeń turbiny” oraz „≤ [ms] 150 dla zabezpieczeń technologicznych”, których podanie nie było wymagane przez Zamawiającego. Ponadto, Odwołujący usunął z treści Formularza Ofertowego zapis zawarty we wzorze formularza opracowanym przez Zamawiającego odwołujący się do wprost do tego wymagania, o treści „zgodnie z p. 4.2.3. w Części III Kontraktu Warunki Finansowe i Handlowe wartość nie może być większa niż 20ms”.

W toku badania ofert przez Zamawiającego Odwołujący złożył samodzielnie, tj. bez wezwania przez Zamawiającego, wyjaśnienia dotyczące treści oferty we wskazanym powyżej zakresie - pismem z dnia 22 września 2015 r. oraz pismem z dnia 4 listopada 2015 r. Odwołujący wskazał w ww. wyjaśnieniach na zaistnienie omyłek w treści oferty, które powinny podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i zaproponował sposób poprawy niezgodności.

Zauważyć należy, że złożone ww. wyjaśnienia zawierają istotne rozbieżności co do sposobu obliczenia ceny za Fazę nr 2 zadania, w tym co do czynności zaokrąglenia ceny za Fazę nr 2 i fazę nr 3 i omyłkowej zamiany wartości za te Fazy, jako przyczyny wystąpienia niezgodności treści oferty z SIWZ. Wyjaśnienia Odwołującego zawierają sprzeczności w stanowisku Odwołującego, co istotnie podważa ich wiarygodność oraz tym samym wiarygodność wyjaśnień przedstawionych w odwołaniu dla wykazania tezy o popełnieniu omyłki podlegającej poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, w odniesieniu do obu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, Zamawiający nie mógł zastosować trybu wyjaśnień, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. Treść oferty Odwołującego w zakresie stwierdzonych niezgodności z treścią SIWZ nie budzi żadnych wątpliwości. Nie ma żadnej przesłanki do przyjęcia, że w tym miejscu wystąpiły omyłki. Tym bardziej nie jest słuszne twierdzenie, że ww. omyłki są do zauważenia „na pierwszy rzut oka”. Niezgodność co do treści oferty w zakresie ceny za Fazę nr 2 zamówienia może być stwierdzona dopiero po wykonaniu odpowiedniego działania matematycznego. Natomiast, co do parametru technicznego, wynika ona z treści oferty,

30

która została dodana przez wykonawcę samodzielnie - w zakresie, który nie był wymagany przez Zamawiającego.

Wobec braku wątpliwości co do treści oferty w omawianym zakresie Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Treść oferty w omawianym zakresie jest konkretna i jednoznaczna. Oferta nie zawiera żadnych dodatkowych danych, które wskazywałyby na to, że w ofercie występują sprzeczne ze sobą informacje, co do wysokości ceny za Fazę nr 2 lub co do oferowanego przez wykonawcę „czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń”, co mogłoby uzasadniać wezwanie do wyjaśnienia w celu ustalenia jednoznacznej treści oferty. Podkreślić należy, że nie mogą być tu brane pod uwagę jedynie ogóle oświadczenia

o zgodności oferty z treścią SIWZ, niejako automatycznie składane przez wykonawcę w Formularzu Ofertowym. Wyjaśnienie treści oferty w tym przypadku w zakresie obu niezgodności musiałyby prowadzić ostatecznie do zmiany oświadczenia złożonego przez Odwołującego pierwotnie w ofercie, co jest sprzeczne z celem art. 87 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zatem w każdym przypadku stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, Zamawiający ma obowiązek zbadania, czy zachodzi przesłanka do poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawie podlegają niezgodności treści oferty z SIWZ stanowiące omyłki, których poprawienie nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty w okolicznościach danej sprawy. Omyłka nie musi być oczywista, ale nie może wynikać z celowego działania wykonawcy. Fakt, że wykonawca świadomie sformułował treść oferty w określonym zakresie dyskwalifikuje możliwość uznanie niezgodności za będącą wynikiem omyłki. Dokonanie poprawy omyłki musi być możliwe bez udziału wykonawcy, zatem sposób doprowadzenia treści oferty do zgodności z SIWZ jest zależny od całokształtu konkretnych okoliczności danej sprawy.

W świetle powyższego, w niniejszej sprawie Zamawiający nie mógł na podstawie wyjaśnień złożonych samodzielnie przez Odwołującego, poprawić treść oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ze względu na fakt, że stwierdzone niezgodności nie mają charakteru omyłki oraz ich poprawienie miałyby istotny wpływ na pierwotną treść oferty.

W szczególności należy podkreślić, że Odwołujący w sposób wyraźny zmienił treść Formularza Ofertowego (wzoru opracowanego przez Zamawiającego). Ingerencja ta dowodzi świadomego i celowego działania wykonawcy we wprowadzeniu konkretnych zapisów w Formularzu Ofertowym, zarówno co do wysokości ceny za Fazę nr 2, jak i parametru „czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń”.

31

Wykonawca zamiast wypełnić formularz, zgodnie z jednoznaczna instrukcją Zamawiającego, wprowadził do niego własne zapisy, niezgodne z wymaganiami SIWZ. Niezgodności te nie mogą być zatem zakwalifikowane, jako omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ze względu na świadome działanie wykonawcy przy sformułowaniu treści jego oferty. Dlatego nie można uznać, że Odwołujący np. omyłkowo jedynie pominął zwrot „i kotła”, skoro takie sformułowanie w ogóle nie było wymagane. Konsekwencją powyższego jest istotny charakter zmian treści oferty, które musiałyby nastąpić w ofercie w wyniku doprowadzenia treści oferty do pełnej zgodności z SIWZ. Wprowadzone przez Odwołującego w złożonej ofercie jednoznaczne i konkretne zapisy należałoby zastąpić innymi, których Zamawiający w żaden racjonalny sposób nie mógł wywieść z treści złożonej oferty, zarówno co do wysokości ceny za Fazę nr 2, jak i co do czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń.

Nie można też zgodzić się z twierdzeniem, że Odwołujący omyłkowo pominął określenie parametru w odniesieniu do kotła, jako jednego z elementów układu zabezpieczeń, przy określeniu wymaganego parametru i stanowiącego jedno z kryteriów oceny ofert. Oceniany parametr ma istotne znaczenie z punktu widzenia technicznego dla Zamawiającego. Dopisanie słów „i kotła”, choć wydaje się zmianą niewielką, to jednak ma ogromne konsekwencje w zakresie rozwiązań technicznych i technologicznym. Ingerencja Zamawiającego w treść oferty Odwołującego w powyższym zakresie stanowiłaby istotną ingerencję w oświadczenie woli wykonawcy, co jest niedopuszczalne w świetle art. 7 ust. 1 Pzp oraz co wyklucza możliwość poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zauważyć należy także ważną okoliczność, że zaoferowana wartość „czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń” podlegała ocenie w ramach kryterium oceny ofert, co również dowodzi, że treść oferty w tym zakresie ma istotny charakter, a tym samym nie może podlegać zmianie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy ControlTec

Odwołujący cofnął na rozprawie zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia ControlTec z postępowania, pomimo, że wykonawca ten nie wniósł wadium. Zarzut ten nie podlegał wobec powyższego rozpoznaniu przez Izbę na rozprawie.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący niewykazania przez ControlTec

spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba nie stwierdziła naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia ControlTec oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz art. 26 ust. 2b Pzp

32

w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 353 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, poprzez sposób oceny oświadczenia Przedsiębiorstwa Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK Sp. z o.o. złożonego w trybie art. 26 ust. 2b Pzp ani naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania ControlTec do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 6.1.2 SIWZ, Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców posiadania wiedzy i doświadczenia w postaci zrealizowania w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, „co najmniej dwa zamówienia polegające na wymianie Systemu Sterowania i Nadzoru Bloku wraz z częścią centralną, obiektową i elektryczną na bloku energetycznym o mocy nie mniejszej niż 100MW_e, opalany węglem, przy czym zakres prac obejmował co najmniej: wykonanie projektu, dostawy elementów, montaż i prace programowe oraz uczestnictwo w rozruchu bloku” lub „co najmniej dwa zamówienia polegające na zabudowie nowego Systemu Sterowania i Nadzoru Bloku wraz z częścią centralną, obiektową i elektryczną na bloku energetycznym o mocy nie mniejszej niż 100MW_e, opalany węglem, przy czym zakres prac obejmował co najmniej: wykonanie projektu, dostawy elementów, montaż i prace programowe oraz uczestnictwo w rozruchu bloku”.

Wykonawcy, wykazując spełnianie warunku, mogli polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, przy czym należało przedstawić dokument (np. oryginał pisemnego zobowiązania), w którym określony podmiot zobowiązuje się do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zamawiający wymagał, aby z dokumentu tego wynikało, kto i komu przekazuje zasoby, jakie konkretnie zasoby są przekazywane oraz że zostaną udostępnione wykonawcy na potrzeby wykonania zamówienia. W takim przypadku zamawiający wymagał, w szczególności przedłożenia:

- oryginału pisemnego zobowiązania, w którym podmioty te zobowiązują się do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia,
- wykazu zrealizowanych zamówień wraz z dowodami potwierdzającymi, że zostały one wykonane należycie,
- dokumentów ujawniających zasadę reprezentacji tych podmiotów.

Wykazując spełnianie ww. warunku ControlTec powołał się w trybie art. 26 ust. 2b Pzp na wiedzę i doświadczenie Przedsiębiorstwa Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK Sp. z o.o., które wykonało zamówienia odpowiadające opisanemu w SIWZ wymaganiu (str. 11 oferty ControlTec). ControlTec załączył w ofercie (str. 31)

33

zobowiązanie firmy EL PAK z dnia 28 lipca 2015 r. stwierdzające, że w związku z ubieganiem się przez ControlTec sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz czyniąc zadość wymogom art. 26 ust. 2b Pzp, przedsiębiorstwo to zobowiązuje się udostępnić na rzecz ControlTec zasoby w postaci: wiedzy i doświadczenia (w tym referencje) oraz potencjału technicznego na potrzeby wykonania zamówienia, poprzez uczestnictwo w realizacji zamówienia w formie doradztwa, konsultacji oraz podwykonawstwa.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca, który polega na wiedzy i doświadczeniu, czy osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Przepis ten stanowi implementację do polskiego prawa przepisy dyrektywy z zakresu zamówień publicznych (art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3) 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty

budowlane, dostawy i usługi. W świetle orzecznictwa KIO, jak i sądów okręgowych, nie budzi wątpliwości fakt, że udostępnienie zasobów musi mieć charakter realny. Wykonawca musi wykazać, jakie konkretnie zasoby i na jakich konkretnych zasadach będą mu udostępnione. Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 315/11) zwrócił uwagę na to, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest z całą pewnością niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia.

Słuszne jest stanowisko Odwołującego, że wskazane w art. 26 ust. 2b Pzp pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów jest tylko przykładowym środkiem dowodowym w zakresie udowodnienia, iż wykonawca będzie realnie dysponował zasobami innego podmiotu w trakcie realizacji zamówienia. Nie jest to jednak dokument, który powinien być utożsamiany z umową łączącą oba podmioty stosunkiem zobowiązaniowym, wobec czego dokument ten nie musi posiadać cech zobowiązaniowego stosunku prawnego określonych w art. 353 § 1 k.c.

Realne udostępnienie wiedzy i doświadczenia wykonawcy niewątpliwie wiąże się w sposób naturalny z udziałem danego podmiotu, który tę wiedzę i doświadczenie posiada, w realizacji określonych czynności w trakcie wykonywania zamówienia. Szczegółowy i konkretny zakres udziału podmiotu EL PAK udostępniającego swoje zasoby przy wykonywaniu zamówienia został jednoznacznie określony w oświadczeniu ControlTec

34

„Wykaz części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, które zostało złożone w ofercie” (str. 13). Z treści tego oświadczenia wynika, że podwykonawcy, będącego jednocześnie podmiotem trzecim w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca ControlTec powierzy: udział w zabudowie, oprogramowaniu i uruchamianiu nowego systemu SSNB, udział w dostawie, montażu i demontażu instalacji AKPiA, udział w montażu części elektrycznej, doradztwo i konsultacje. Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że konkretny i bezpośredni udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy stanowi realny, w najwyższym stopniu z możliwych, poziom udostępnienia wykonawcy zasobów wiedzy i doświadczenia.

W tym stanie rzeczy należało stwierdzić, że wykonawca ControlTec wykazał spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wskazanym w pkt. 6.1.2 SIWZ, a zatem nie zachodzą podstawy do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Reasumując powyższe, wobec niepotwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, nie nastąpiło naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty ControlTec jako najkorzystniejszej.

KIO 2596/15 – odwołanie wniesione przez Konsorcjum Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy ControlTec z powodu niewniesienia wymaganego wadium, tj. naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nakazuje Zamawiającemu wykluczyć wykonawcę, który nie wniósł prawidłowego wadium.

Stosownie do postanowienia zawartego w pkt 11.2.7 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby w przypadku wnoszenia wadium w formie niepieniężnej, wadium zawierało zobowiązanie instytucji gwarantującej do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty Zamawiającemu kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. w 46 ust. 5 Pzp.

Odwołujący złożył w postępowaniu Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 10/029050/2015 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. w dniu 26 sierpnia 2015 r. Powyższy dokument zawiera wszystkie wymagane przez Zamawiającego warunki określone zgodnie z pkt 11 Część 1 SIWZ, w tym nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie Gwaranta do zapłaty każdej kwoty do łącznej wysokości 1 000 000,00 zł na

35

pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania.

Zawarte w treści ww. dokumentu sformułowanie „prawo do składania roszczeń w ramach niniejszej gwarancji może być przeniesione na rzecz innych osób trzecich jedynie za uprzednią zgodą Banku, wyrażoną na piśmie” nie ma istotnego znaczenia dla skuteczności gwarancji. Niezależnie od powyższego sformułowania ubezpieczyciel w treści gwarancji zawarł postanowienie, że „uprawnienia z niniejszej Gwarancji mogą być przeniesione na rzecz innych osób trzecich jedynie za uprzednią zgodą Towarzystwa Ubezpieczeń Euler Hermes S.A.” Jak wyjaśnił Przystępujący ControlTec, treść gwarancji została sformułowana, zgodnie z wzorem opracowanym przez Zamawiającego, z tym, że omyłkowo w treści dokumentu pozostawiono sformułowanie dotyczące banku - przewidziane dla gwarancji bankowej, podczas gdy w tym przypadku mamy do czynienia z gwarancją ubezpieczeniową. Wyjaśnienie to jest w ocenie Izby wiarygodne, w szczególności w sytuacji, gdy Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie tezy, że zakwestionowana treść ma oparcie w jakimś konkretnym stanie faktycznym, a nie jest tylko omyłką pisarską w zakresie przeniesienia tego zdania z wzorca.

W świetle powyższego, kwestionowane przez Odwołującego sformułowanie w treści gwarancji nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na prawidłowość i skuteczność zobowiązań Gwaranta wobec Zamawiającego, wynikających ze złożonej gwarancji. Skoro wpływ taki nie został wykazany przez Odwołującego, nie ma podstaw by uznać, że wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nie zostało wniesione, gdyż dokument ten zawiera wszystkie elementy przedmiotowo istotne gwarancji ubezpieczeniowej.

W tych okolicznościach ControlTec nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty ControlTec z powodu, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie przeprowadził skutecznego dowodu na okoliczność przeciwną, co skutkuje również tym, że złożenie oferty przez ControlTec stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, tj. naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 i art. 14 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”).

Stosownie do art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30%

36

od wartości zamówienia, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 66 259 200,00 zł oraz przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 81.498.816,00 złotych brutto.

Wykonawca ControlTec zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 54.120.000,00 zł. brutto, co stanowi kwotę niższą o ponad 30% od wartości zamówienia.

W powyższych okolicznościach, Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał w dniu 23 września 2015 r. wykonawcę do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W dniu 15 października 2015 r. ControlTec złożył wyjaśnienia, które w części zostały zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W części jawnej wyjaśnień zostały zawarte informacje ogólne, dotyczące takich okoliczności, jak: doświadczenie wykonawcy, koszty dostaw oraz pracowitość poszczególnych zadań, wartość pracy pracowników podczas realizacji zamówienia, dotychczasową praktykę współpracy z Zamawiającym, dotychczasową praktykę ControlTec przy projektach o analogicznym lub podobnym charakterze.

Odwołujący nie udowodnił twierdzeń o podaniu przez ControlTec nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania odnośnie realizacji zamówień

o „analogicznym przedmiocie i zakresie”. Odwołujący nie wykazał związku użycia powyższych określeń z zarzutem rażąco niskiej ceny oferty ani jakiegokolwiek wpływu tych informacji na wynik postępowania. Zauważyć należy, że doświadczenie wykonawcy było oceniane na podstawie innych dokumentów, odpowiednio złożonych w ofercie. Nie zostały zatem wykazane przesłanki do wykluczenia ControlTec z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Brak realizacji przez wykonawcę zamówień o takiej samej wartości nie wpływa na możliwość realizacji zamówienia za określoną cenę, w szczególności, gdy wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, posiłkując się wiedzą i doświadczeniem - zasobami podmiotu trzeciego. W tym zakresie przedstawione przez Odwołującego sprawozdania finansowe i rachunki zysków i strat ControlTec sp. z o.o. w latach 2012-2014 nie dowodzą zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zauważyć należy także, że wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności finansowej i ekonomicznej.

Odwołujący zgłosił w odwołaniu jedynie wątpliwości co do możliwości uzyskania

37

znaczących rabatów lub preferencyjnych stawek od poddostawców lub podwykonawców albo upustów na dostawy, usługi i roboty budowlane, konieczne do należytego wykonania zamówienia, które w toku postępowania nie zostały przez niego udowodnione.

W złożonych przez ControlTec wyjaśnieniach, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawca przedstawił bardzo szczegółowo obiektywne okoliczności i czynniki, które wpłynęły na możliwość zaoferowania ceny o wskazanej w ofercie wysokości, załączając konkretne dowody na ich poparcie. Wykonawca podał m.in. konkretne kwoty składające się na konkretne elementy ceny, a tym samym przedstawił sposób kalkulacji ceny jego oferty. Wyjaśnienia zostały poparte załączonymi do wyjaśnień dowodami, w tym także licznymi ofertami uzyskanymi od partnerów gospodarczych.

Wyjaśnienia te, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie mają charakteru ogólnego. Przeciwnie są bardzo szczegółowe i przekonujące. Pokazują, w jaki sposób została skalkulowana cena oferty, wyjaśniają m.in. sposób kalkulacji, czynniki umożliwiające redukcję kosztów oferty oraz koszty podwykonawstwa, w oparciu o konkretne oferty handlowe. Wykonawca w szczególności przedstawił najistotniejsze elementy mające wpływ na kalkulację wysokości ceny, tj. kalkulacja roboczogodziny, ceny dostaw, załączył dowody potwierdzające te wyliczenia, tj. kopie ofert, a także w ramach kalkulacji przewidział rezerwę finansową na nieprzewidziane koszty oraz godziwy zysk. Wykonawca wykazał zatem w sposób obiektywny, jakie czynniki oraz w jakim stopniu spowodowały możliwość obniżenia ceny. Nadto, przedkładając oferty handlowe wykorzystane do kalkulacji ceny oferty wykonawca udowodnił, iż zaoferowana cena nie jest abstrakcyjna i oderwana od warunków rynkowych, a zatem nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

Reasumując Izba stwierdziła, iż wykonawca ControlTec w złożonych wyjaśnieniach wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. W ocenie Izby, wnioski wywodzone w odwołaniu przez Odwołującego w tym zakresie są zbyt daleko idące i nieuzasadnione. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ControlTec, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 i art. 14 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 uznk, Izba zważyła, że Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu ani na rozprawie uzasadnienia faktycznego lub jakichkolwiek dowodów w tej sprawie. Należało zatem stwierdzić, że zarzut ten został podniesiony wyłącznie w związku z zarzutem zaoferowania przez ControlTec rażąco niskiej ceny. Wobec powyższego, okoliczność, że zarzut co do rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy nie potwierdził się, Izba nie znalazła podstaw w materiale dowodowym tej sprawy do stwierdzenia zasadności tego zarzutu.

Zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień, które ControlTec złożył w odpowiedzi na

38

wezwanie Zamawiającego z 23 września 2015 r. w zakresie dotyczącym elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tj. naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk.

Zamawiający pismem z 17 listopada 2015 r. odmówił udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w wyjaśnieniach ControlTec w zakresie wysokości ceny oferty,

zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Informacje skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa nie mogą podlegać udostępnieniu innym podmiotom. Zatem w niniejszej sprawie odmowa udostępnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy, co do elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, nie narusza art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk. Informacje te mają charakter gospodarczy i handlowy, które niewątpliwie stanowią istotną wartość gospodarczą podlegającą ochronie. Wykonawca w sposób rzeczowy w piśmie z dnia 15 października 2015 r. uzasadnił podstawę do zastrzeżenia tych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca wykazał zasadność zastrzeżenia, odnosząc się do kwestii wynikających z zastrzeżonego opracowania i odwołując się do przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym udowodnił, że w stosunku do objętych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji spełnione zostały przesłanki określone w ww. przepisie (art. 11 ust. 4 uznk). Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący braku wykazania przez ControlTec spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności kredytowej i zaniechania wezwania ControlTec do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, w postaci dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie niższej niż 15.000.000 złotych, tj. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 Pzp.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie pozwala udzielić zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W postanowieniu pkt 6.1.4. SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową na poziomie nie niższym niż 15 000 000,00 PLN lub równowartość tej kwoty w innej walucie. W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt 7.1.3 SIWZ należało przedstawić informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert.

39

Z treści powyższych postanowień wynika, że minimalna kwota posiadanych środków lub minimalna zdolność kredytowa potwierdzająca spełnianie warunku udziału to kwota 15 mln. zł. Ponadto, zauważyć należy, że informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca posiadane środki lub zdolność kredytową musi być wystawiona w okresie trzech miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Z powyższego wynika, że musi to być informacja aktualna w dniu jej wystawienia, a nie w całym tym okresie, aż do dnia składania ofert lub do dnia oceny ofert, jak usiłuje wywodzić Odwołujący. Wymaganie dotyczące przedłożenia informacji banku o posiadanych środkach finansowych lub zdolności kredytowej nie jest równoznaczne z koniecznością blokady tych środków na rachunku wykonawcy w związku z ubieganiem się o zamówienie albo koniecznością uzyskania promesy udzielenia kredytu na realizację zamówienia.

Wykonawca ControlTec przedstawił w ofercie (str. 14) dokument „zaświadczenie” z dnia 25 sierpnia 2015 r. wystawione przez ING Bank Śląski S.A. Oddział we Wrocławiu, które potwierdza zdolność kredytową ControlTec „do kwoty” 15 mln. zł, co oznacza w sposób jasny i niebudzący żadnych wątpliwości, że górną granicę zdolności kredytowej stanowi kwota 15 mln. zł włącznie z tą kwotą. W świetle jednoznacznej treści tego dokumentu, nie potwierdza się stanowisko Odwołującego, że wykonawca ControlTec ma zdolność mniejszą niż 15 milionów złotych.

Przedłożony dokument spełnia zatem wymagania przepisów ustawy, jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Za nieuzasadnione należy uznać twierdzenia Odwołującego, że ww. zaświadczenie dotyczy zdolności kredytowej warunkowej. Skoro Odwołujący twierdził, że wykonawca ControlTec nie spełnił warunków wymaganych do wydania zaświadczenia przez Bank o określonej zdolności kredytowej, to był zobowiązany takie okoliczności udowodnić. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w omawianym zakresie. Stwierdzenie w treści ww. dokumentu, że „Klient posiada zdolność kredytową do kwoty 15 000 000,00 PLN (słownie złotych: piętnaście milionów 00/100), po spełnieniu szczegółowych warunków Banku, stawianych kredytobiorcy przy podpisaniu

umowy kredytowej." dotyczy warunków stawianych przez bank przy podpisaniu umowy kredytowej, a zatem nie odnosi się do samego faktu stwierdzenia posiadanej „zdolności kredytowej” w dniu wydania zaświadczenia.

Fakt, że wykonawca uzyskał gwarancję ubezpieczeniową na 1 mln złotych w dniu 26 sierpnia 2015 r., tj. dzień po wydaniu zaświadczenia przez Bank, także nie podważa ważności i aktualności podanych w nim informacji na dzień 25 sierpnia 2015 r. Zamawiający nie był zobowiązany zatem do wezwania wykonawcy ControlTec do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia dokumentów już złożonych, wobec faktu, że złożony dokument wyczerpuje wymagania Zamawiającego w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

40

Przedstawione przez ControlTec na rozprawie pismo banku ING z dnia 8 grudnia 2015 r., stanowiące zał. nr 2 do pisma procesowego Przystępującego, zostało dodatkowo złożone przez Przystępującego na poparcie jego stanowiska, co nie oznacza, że jest to dokument, który był konieczny na etapie badania oferty przez Zamawiającego. Izba rozpoznała zarzut w odniesieniu do dokumentu przedłożonego w ofercie.

Podkreślić również należy, że brak jest jakichkolwiek przesłanek do stwierdzenia, że wykonawca ControlTec, składając w ofercie dokumenty w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej podał nieprawdziwe informacje, mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Izba uznała zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ControlTec z powodu złożenia w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, za gołosłowny i nieuzasadniony.

Zarzut niewykazania spełniania przez ControlTec warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, uzyskanych w trybie art. 26 ust. 2b Pzp od podmiotu trzeciego.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Control Tec z powodu nie wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez ControlTec, nie potwierdził się. Nie potwierdziły się także zarzuty naruszenia w tym zakresie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia oraz w konsekwencji zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp.

Uzasadnienie w powyższym zakresie zostało przedstawione przez Izbę w odniesieniu do tożsamego zarzutu rozpoznanego łącznie zawartego w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 2589/15 (patrz, jak powyżej). Z tego względu Izba nie powtarzała tego uzasadnienia w tym miejscu.

Izba dodatkowo jedynie wyjaśnia, że nie uwzględniła wniosku Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków: Z. B. i W. G. - na okoliczność przebiegu ustaleń oraz treści, a także zakresu ustaleń między ControlTec Sp. z o.o. a Przedsiębiorstwem Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK Sp. z o.o. w zakresie udostępnienia zasobów na rzecz ControlTec Sp. z o.o., a w szczególności na okoliczność braku rzeczywistego dysponowania niezbędnymi zasobami w zakresie wiedzy i doświadczenia na termin składania ofert w postępowaniu oraz wykładni oświadczeń Przedsiębiorstwa Serwisu Automatyki i Urządzeń Elektrycznych EL PAK sp. z o.o. zawartych w dokumencie „zobowiązanie” z dnia 28 lipca 2015 r. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w formie

41

pisemnej, a spełnianie warunków udziału w postępowaniu następuje w toku tego postępowania przed zamawiającym wyłącznie na podstawie warunków określonych w SIWZ i odpowiednio – dokumentów składanych przez wykonawców zamawiającemu. Nie budzi wątpliwości w tych okolicznościach fakt, że ocena prawidłowości czynności podejmowanych w postępowaniu przez Zamawiającego musi być dokonywana na podstawie dokumentów, które zostały przedłożone zamawiającemu i nie może wykraczać poza okoliczności znane zamawiającemu w toku postępowania. Izba uznała zatem, że powyższe wnioski dowodowe nie mogą mieć istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia rozpoznawanych w tym miejscu zarzutów.

Zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z powodu braku przedstawienia zaświadczenia w zakresie niekaralności, określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Pzp,.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu braku przedstawienia zaświadczenia wydanego przez Disclosure Scotland dla członka zarządu mieszkającego w Anglii o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Pzp, nie potwierdził się.

Zamawiający w pkt 7.2.5 Części 1 SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców wymagał, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, dołączenia do oferty m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, gdy osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 5-8 Pzp, miały miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca był zobowiązany złożyć w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 5-8 wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert.

W przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń, należało je zastąpić dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem.

Powyższe postanowienia SIWZ odzwierciedlają postanowienia przepisu § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W odniesieniu do jednego z członków zarządu Doosan Babcock Energy Polska Sp.

42

z o.o. mającego miejsce zamieszkania w Anglii (p. S. L. H.), Odwołujący przedstawił w ofercie oświadczenie z dnia 30 kwietnia 2015 r. (oferta str.106), które ten członek zarządu złożył przed notariuszem.

Zamawiający wezwał Odwołującego, pismem z 23 września 2015 r., w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedstawienia zaświadczenia o niekaralności odnośnie przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp w odniesieniu do p. S. L. H., członka zarządu Lidera konsorcjum, Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. w przypadku, gdy takie zaświadczenia są wydawane. Zamawiający wskazał dodatkowo, że takim dokumentem powinien być dokument wydawany przez Disclosure Scotland.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 16 października 2015 r. załączając zaświadczenie z dnia 6 marca 2015 r. „Enhanced certificate” wydane przez organ: Disclosure&Barring Services („DBS”).

W toku postępowania odwoławczego Odwołujący - Konsorcjum DOOSAN złożył do akt sprawy opinię doradczą z dnia 2 grudnia 2015 r. opracowaną przez prawnika M. C. QC w zakresie „Zgodność rozszerzonego zaświadczenia o niekaralności ECRC wystawionego przez brytyjski organ Disclosure Scotland DBS z wymogami określonymi w art. 45.1 dyrektywy 2004/18 oraz art. 54.4 dyrektywy 2004/17” wraz z tłumaczeniem przysięgłym oraz załącznikami w postaci:

- kopii urzędowego zaświadczenia o niekaralności pana S. L. H. wraz z tłumaczeniem na język polski (dokument jest opatrzony klauzulą poufności),
- korespondencji mailowej z autorem ww. opinii oraz urzędnikami Disclosure Scotland wraz z tłumaczeniem na język polski.

Zamawiający złożył do akt opinii prawną „Rejestry Karne Disclosure Scotland i Disclosure& Barring Service” sporządzoną przez firmę EVERSHEDES z dnia 9 grudnia 2015 r. oraz wyciąg z ustawy Police Act 1997,

Przystępujący ControlTec złożył do akt sprawy opinię prawną „W przedmiocie dokumentów potwierdzających niekaralność przedsiębiorców w Wielkiej Brytanii w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego” wydaną przez Ambasadę Brytyjską z dnia 7 lipca 2015 r.

Dla wszystkich dokumentów składanych w języku angielskim, złożono tłumaczenie na język polski.

Izba dopuściła przedstawione dokumenty, jako istotne dowody dla ustalenia

prawidłowego stanu faktycznego sprawy i stwierdzenia czy w Wielkiej Brytanii można uzyskać zaświadczenie z właściwego organu administracyjnego dotyczące karalności w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp.

Strony w swojej argumentacji powoływały się na orzecznictwo Krajowej Izby

43

Odwoławczej wydane w zakresie, w jakim odnosiły się do dokumentów możliwych do uzyskania w Wielkiej Brytanii.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu prawa Anglii i Walii, a w razie ustalenia przez Izbę braku takiego biegłego na liście właściwego sądu - dopuszczenie dowodu z opinii instytutu naukowego: Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji UW, Centrum Prawa Angielskiego i Europejskiego, dla ustalenia podstaw prawnych działania, statusu prawnego, pozycji ustrojowej, a także właściwości rzeczowej, miejscowej oraz funkcjonalnej instytucji: (a) Disclosure and Barring Services oraz (b) Disclosure Scotland, a także charakteru prawnego oraz zakresu przedmiotowego zaświadczeń wydawanych przez te instytucje, w tym „Enhanced certificate” wydawanego przez Disclosure and Barring Services oraz „Basic certificate” wydawanego przez Disclosure Scotland, jak również w celu udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy oraz w którym z zaświadczeń wydawanych odpowiednio przez Disclosure and Barring Services i Disclosure Scotland ujmuje się skazania za przestępstwa takie, jak określone w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp oraz czy w zaświadczeniach tych ujmuje się wszystkie z tych przestępstw, czy też niektóre z nich. Izba stwierdziła, że wskazane we wniosku okoliczności, nie stanowią wiadomości specjalnych, wymagających opinii biegłego lub instytutu naukowego, a ponadto zgłoszona teza dowodowa w znacznej części wykracza poza potrzeby niniejszego postępowania. Kwestie prawne w postępowaniu odwoławczym są rozstrzygane przez KIO, zgodnie z jej kompetencjami. Postępowanie odwoławcze toczy się na zasadzie kontrydiktoryjności, a także z uwzględnieniem zasady szybkości i ekonomiki postępowania. W ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy przedmiotowe wnioski zmierzałyby do przewlekłości postępowania, wobec przedstawienia przez obie strony sporu stosownych opinii prawnych.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zwrócenie się przez Izbę do Ministra Sprawiedliwości RP o udzielenie tekstu prawa Anglii i Walii oraz o udzielenie tekstu prawa Szkocji w zakresie podstaw prawnych działania, statusu prawnego, pozycji ustrojowej, a także właściwości rzeczowej, miejscowej oraz funkcjonalnej instytucji: Disclosure and Barring Services oraz Disclosure Scotland, a także charakteru prawnego i zakresu przedmiotowego zaświadczeń wydawanych przez te instytucje, w tym „Enhanced certificate” wydawanego przez Disclosure and Barring Services oraz „Basic certificate” wydawanego przez Disclosure Scotland. Teza tego wniosku jest bardzo ogólna i nie została skonkretyzowana przez odwołującego w toku rozprawy, a ponadto w znacznej części wykracza poza zakres zarzutów tego postępowania.

W świetle zebranego materiału dowodowego, dokumentem, który należało

44

przedłożyć było zaświadczenie wydane przez „Disclosure Scotland”. Rejestr DBS nie wystawia zaświadczeń z rejestru karnego dotyczących osób zarządzających, które mogłyby swym zakresem pokrywać się z zakresem wymaganych informacji, określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp.

Fakt, że zaświadczenie „Enhanced certificate” jest najszerszym z możliwych do uzyskania zaświadczeń w zakresie niekaralności osoby fizycznej z rejestru DBS, nie oznacza jednak, że jest to zaświadczenie odpowiednie w zakresie informacji o skazaniu za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. W treści tego zaświadczenia jednoznacznie stwierdza się, że „Niniejsze zaświadczenie wydaje się zgodnie z częścią V Ustawy o Policji z 1997 r., która podaje pewną liczbę przestępstw. Przestępstwa te obejmują fałszowanie lub zmienianie Zaświadczeń, uzyskanie Zaświadczeń podstępem i wykorzystanie Zaświadczenia wydanego innej osobie jako własnego”. Powyższe potwierdza, że omawiane zaświadczenie jest wydawane wyłącznie w pewnym ograniczonym zakresie, związanym w szczególności z charakterem stanowiska lub pracy, o którą ubiega

się dana osoba. Zauważyć należy, że wnioskodawcą w zakresie rejestru DBS jest pracodawca lub przyszły pracodawca. Zaświadczenie przedstawione przez Odwołującego zostało wydane również w takim celu, tj. pod kątem funkcji określonej w treści zaświadczenia, która nie ma nic wspólnego z ubieganiem się danego podmiotu (w tym przypadku - Odwołującego) o udzielenie zamówienia publicznego, co jednoznacznie potwierdza treść tego zaświadczenia.

Disclosure Scotland jest instytucją właściwą do wydawania zaświadczeń w zakresie informacji o skazaniu za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Jak wynika ze złożonych dokumentów, co jednoznacznie potwierdza w szczególności treść opinii prawnej z dnia 7 lipca 2015 r. wydanej przez Ambasadę Brytyjską, podstawowe zaświadczenie o niekaralności (Basic Disclosure) wydane przez Disclosure Scotland, wydawane jest na podstawie art. 112 ustawy o policji z 1997 roku. W treści zaświadczenia ujmuje się informacje o wyrokach skazujących w sprawach karnych wydanych przeciwko osobie, której wniosek dotyczy lub wzmiankę o braku ich istnienia. Zaświadczenie z Disclosure Scotland, wydawane jest i dotyczy niezatartych skazań z obszaru całego Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii. Podstawowe zaświadczenie o niekaralności (zawierające informacje o wszystkich niezatartych wyrokach) wydawane przez Disclosure Scotland jest dokumentem właściwym do stwierdzenia jakichkolwiek niezatartych skazań dla zapewnienia zgodności z ustawą - Prawo zamówień publicznych, wdrażającą art. 45 Dyrektywy 2004/18/EC. Jest ono zbieżne z informacją zawartą w polskim KRK, gdyż w przypadku zaświadczenia uzyskanego z KRK, rejestr wystawiający

45

zaświadczenie, poprzez stwierdzenie „nie figuruje” potwierdza, iż dana osoba w żadnym z możliwych rodzajów przestępstw, nie jest skazana. Analogicznie, skoro Disclosure Scotland wystawiając zaświadczenie z informacją „Wnioskodawca nie figuruje w rejestrze osób skazanych”, to tym samym potwierdza, że osoba dla której wystawiane jest to zaświadczenie, nie jest skazana za jakiegokolwiek przestępstwo, w tym należy rozumieć też katalog przestępstw określonych przepisami art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 Pzp. W przypadku wnioskodawcy, którego miejsce zamieszkania znajduje się w Anglii wniosek rozpatrywany jest zgodnie z art. 112 ustawy o policji z 1997 r., z uwzględnieniem długości okresów resocjalizacji, o których mowa w art. 5 ustawy o resocjalizacji przestępców z 1974 r., mających zastosowanie w Anglii i Walii.

Zatem, w tym przypadku oświadczenie złożone przez daną osobę przed notariuszem nie jest dokumentem właściwym do potwierdzenia faktu niekaralności, w myśl przywołanego wyżej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, skoro w kraju miejsca zamieszkania danej osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wydaje się dokumenty, o których mowa w ust. 1 tego paragrafu.

Z treści ustawy o policji z 1997 r. wynika, że zaświadczenie o skazaniu to zaświadczenie, które opisuje przepisane szczegółowe informacje na temat każdego skazania wnioskodawcy, które zostało ujęte w centralnych rejestrach lub stwierdza, że takiego skazania brak. Tak więc zaświadczenie wydane przez Disclosure Scotland, wydawane jest i dotyczy niezatartych skazań z obszaru całego Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii.

Powyższe ustalenia znajdują wyraźne potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (patrz orzeczenia Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 2821/14; połączonych KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15 i KIO 476/15; połączonych KIO 191/14, KIO 192/14, KIO 200/14, KIO 202/14 i KIO 205/14), połączonych KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15).

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, w szczególności niepotwierdzenie się zarzutów zawartych w obu rozpoznanych odwołaniach, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz ust. 8 Pzp.

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

46

Przewodniczący:

.....

.....