Sygn. akt: KIO 2249/16

WYROK
z dnia 19 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Emil Kawa
Marek Koleśnikow

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 grudnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2016 r. przez wykonawcę **D.B.E.P. S.A. z siedzibą w R.** w postępowaniu prowadzonym przez **T.W. S.A. z siedzibą w J.,**

przy udziale wykonawcy **E.I.P. Sp. z o.o. z siedzibą w B.,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2249/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **D.B.E.P. S.A. z siedzibą w R.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **D.B.E.P. S.A. z siedzibą w R.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **D.B.E.P. S.A. z siedzibą w R.** kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej ponad kwotę wpis od odwołania w wymaganej wysokości,

2.3. zasądza od wykonawcy **D.B.E.P. S.A. z siedzibą w R.** na rzecz **T.W. S.A. z siedzibą w J.** kwotę
3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……
……
……

Sygn. akt: KIO 2249/16

UZASADNIENIE

T.W. S.A. z siedzibą w J. (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu

nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na remonty kotła właściwego w T.W. S.A. - O.E.S. w T..

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 151-273766 w dniu 6 sierpnia 2016 r.

18 listopada 2016 r. Zamawiający, drogą elektroniczną, zawiadomił wykonawców, biorących udział w postępowaniu, w tym wykonawcę D.B.E.P. S.A. z siedzibą w R. (dalej: „Odwołujący" lub „D."), o jego wyniku, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej w części pierwszej, za którą została uznana oferta wykonawcy E.I.P. Sp. z o.o. z siedzibą w B. (dalej: „Przystępujący" lub „E.").

28 listopada 2016 r. D. - w zakresie części pierwszej - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego przez:

1. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę E. pomimo, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu, a jego oferta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz" lub „specyfikacja") oraz jako niezgodna z ustawą;
2. zaniechanie wykluczenia wykonawcy E. pomimo, że wykonawca ten w wyniku, co najmniej rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (dalej: „JEDZ") informacji, że na termin składania ofert, a więc na dzień 26 sierpnia 2016 r. nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz że na ten dzień (26 sierpnia 2016 r.) spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także że jest w stanie terminowo przedstawić komplet dokumentów wymaganych siwz, potwierdzających przedmiotowe okoliczności według stanu na termin składania ofert (26 sierpnia 2016

r.), podczas gdy przedłożone przez tego wykonawcę w ramach procedury odwróconej: (a) zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, (b) zaświadczenie z ZUS, (c) informacja z KRK dla podmiotu zbiorowego, (d) informacja z KRK dla członków organów i prokurentów, (e) Decyzje UDT wraz załącznikami oraz (f) Opinia bankowa nie potwierdziły stanu faktycznego na dzień 26 sierpnia 2016 r., czego pominięcie przez Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 12 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp;
3. zaniechanie wykluczenia wykonawcy E. pomimo, że wykonawca ten w wyniku, co najmniej rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w JEDZ informacji o spełnianiu — przy pomocy podmiotu, który udostępniał wykonawcy zasoby w trybie art. 22a Pzp — warunku udziału w postępowaniu w postaci wykonania lub wykonywania co najmniej jednej usługi odpowiadającej swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, polegającej na remoncie lub modernizacji kotła o wydajności pary nie mniejszej niż 380t/h, a wartość netto tej usługi była nie niższa niż 2.500.000,00 zł (pkt 3.1.1.2.b) siwz), albowiem żadna z usług przedstawionych przez podmiot trzeci nie odpowiada zakresem wymaganiu specyfikacji o czym wykonawca powinien był wiedzieć, gdyż znajduje się w jednej grupie kapitałowej z podmiotem udostępniającym zasoby;
4. zaniechanie wykluczenia wykonawcy E., chociaż wykonawca ten co najmniej w wyniku lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a mianowicie w uzupełnieniu JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczył, że jest w stanie przedstawić dokumenty na potwierdzenie braku przesłanek wykluczenia z postępowania najpóźniej na termin składania ofert, a więc na dzień 26 sierpnia 2016 r., a tymczasem przedłożył: (a) zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, (b) zaświadczenie z ZUS, (c) informację z KRK dla podmiotów zbiorowych oraz (d) informację z KRK dla członków organów i prokurentów, które nie

potwierdziły braku przesłanek wykluczenia na dzień 26 sierpnia 2016 r., a nadto oświadczał w JEDZ, że jest w stanie przedstawić dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych uprawnień, wykonanych lub wykonywanych usług oraz środków finansowych/zdolności kredytowej na termin składania ofert, a tymczasem przedłożone (a) Decyzje Urzędu Dozoru Technicznego (wraz z załącznikami) oraz (b) Opinia bankowa (c) Wykaz usług oraz poświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdziły uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia, nie potwierdziły zdolności finansowej na termin 26 sierpnia 2016 r., i nie potwierdziły wymaganych siwz kompetencji technicznych i zawodowych,

co w ramach tzw. „procedury odwróconej" doprowadziło do wezwania wykonawcy E. — który w wykonaniu wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp zatajał braki w swojej dokumentacji — do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie braku przesłanek do wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym uniemożliwiło Zamawiającemu prawidłowe wezwanie innego wykonawcy do przedłużenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp i jednocześnie zmusiło do podjęcia Zamawiającego obligatoryjnych czynności wobec wykonawcy wprowadzającego w błąd, w tym doprowadziło do udzielenia mu zamówienia, a tym czas samym - wykluczenia przedłużało trwania postępowania zaniechanie wykonawcy E. w tych okolicznościach naruszyło art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 12 oraz art. 7 ust. 3 Pzp;

5. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy E., pomimo, iż - jak wynika z przedłożonych przez tego wykonawcę dwóch Decyzji Prezesa UDT z 17 lutego 2016 r. (wraz z załącznikami) — wykonawca ten nie dysponuje uprawnieniami do naprawy i modernizacji urządzeń ciśnieniowych podlegających Dozorowi Technicznemu w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego (tj. zakres wydanych decyzji administracyjnych nie uprawnia do wykonywania napraw i modernizacji na elementach wykonanych z grupy materiałowej 6.4 wg. ISO/TR 15608), jak również takich uprawnień nie przedstawił podmiot udostępniający potencjał, a zatem zobowiązanie wykonawcy E. do wykonania w tym zakresie zamówienia nie było prawnie skutecznie, co oznacza, iż wbrew wymogom siwz nie zobowiązał się wykonać wszystkich świadczeń objętych przedmiotem zamówienia, a zatem jego oferta powinna zostać odrzucona, a zaniechanie przedmiotowego odrzucenia przez Zamawiającego naruszyło art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, odwołanie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp;

względnie

6. zaniechanie wezwania wykonawcy E. do uzupełnienia dokumentów celem wykazania, że na termin składania ofert występował wobec tego wykonawcy brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, 15, 21 Pzp, a także zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, celem wykazania, iż na termin składania ofert ów wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu w zakresie: (1) środków finansowych lub zdolności kredytowej nie niższej niż 2 miliony złotych, a także (2) posiadania uprawnień Urzędu Dozoru Technicznego w zakresie pozwalającym wypełnić wszystkie obowiązki kontraktowe, czym zamawiający

naruszył art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 3 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1, § 2 ust. 2 pkt 3 oraz § 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 r., poz. 1126) (dalej: „Rozporządzenia w sprawie dokumentów");

7. zaniechanie zażądania od wykonawcy E.: (1) zastąpienia podmiotu E. I.C. sp. z o.o. (dalej: „E. C.") innym podmiotem lub podmiotami albo (2) zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia pomimo, iż usługi

przedstawione przez podmiot udostępniający zasoby nie spełniają warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.1.1.2 b) siwz, czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 oraz art. 22a ust. 6 Pzp.

Zaskarżonym czynnościom oraz zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12, 13), 14), 15), 21), art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 22a ust. 6, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 387 §1 oraz art. 58 §1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert, oraz nakazanie,
3. wykluczenia wykonawcy E. z postępowania albo nakazanie
4. odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, jako niezgodnej z treścią specyfikacji lub z ustawą,

względnie

5. wezwania wykonawcy E. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie wykazania przez tego wykonawcę na termin składania ofert:
   - braku przesłanek do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp („brak karalności członków organów i prokurentów"),
   - braku przesłanek do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp („brak karalności podmiotu zbiorowego"),
   - braku przesłanek do wykluczenia, o których mowa art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp („brak zaległości z tytułu podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne"),
   - a także na potwierdzenie wykazania, że na termin składania ofert wykonawca E. spełniał warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania:

uprawnieniami niezbędnymi do napraw i modernizacji urządzeń ciśnieniowych podlegających dozorowi technicznemu (pkt 3.1.1.2. lit a) siwz) środkami finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości 2 milionów złotych (pkt 3.1.1.3 lit. a) siwz),

oraz

6. zażądania od wykonawcy E.: (1) zastąpienia podmiotu E. C. innym podmiotem lub podmiotami albo (2) zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia w zakresie dotyczącym warunku, o którym mowa w pkt 3.1.1.2b) siwz.
7. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca D. wyjaśniał, że obowiązek wykluczenia wykonawcy dotyczy zarówno niewykazania braku podstaw do wykluczenia, jak i niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oferta E. naruszała prawo w obu obszarach.

I. Niewykazanie braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący wyjaśniał, że termin składania ofert w prowadzonym przez Zamawiającym przetargu nieograniczonym upływał 26 sierpnia 2016 r., a postępowanie toczyło się z wykorzystaniem tzw. procedury odwróconej.

W celu wykazania braku przesłanek do wykluczenia wykonawcy z siedzibą w Polsce powinni byli przedstawić:

- zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, wystawione nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert albo inny dokument potwierdzający, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami (pkt 3.2.2. lit. e) SIWZ);

• zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS, albo inny dokument potwierdzający, że wykonawca nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie lub zdrowotne wystawione nie wcześniej niż trzy miesiące przed terminem składania ofert — a więc nie wcześniej niż 26 maja 2016 r., lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem

w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami (pkt 3.2.2. lit. f) SIWZ),
• informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż sześć miesięcy przed terminem składania ofert.

Odwołujący podnosił, że oferta E. została oceniona jako najkorzystniejsza. Zamawiający, pismem z 10 listopada 2016 r. , na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał E. do złożenia m.in. powyżej wskazanych dokumentów. Wezwanie określało w jakich terminach przedstawione dokumenty miały być wystawiane. W każdym wypadku chodziło o potwierdzenie stanu sprzed terminu składania ofert.

W wykonaniu wezwania w dniu 21 listopada 2016 r. E. przedłożył Zamawiającemu:
• kopię zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego w B. stwierdzającą stan na dzień 3 listopada 2016 r.;
• kopię zaświadczenia o niezaleganiu w opłaceniu składek wystawionego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Sosnowcu stwierdzającą stan na dzień 11 października 2016 r.;
• kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do Pana W.C. (wg odpisu z KRS: członek Rady Nadzorczej) wystawioną w dniu 9 listopada 2016 r.;
• kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pana M.G. (wg odpisu z KRS: członek Rady Nadzorczej) wystawioną 9 listopada 2016 r.;
• kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do Pana M.B. (wg odpisu z KRS: członek Rady Nadzorczej) wystawioną 9 listopada 2016 r.;
• kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pana D.B. (wg odpisu z KRS: Prezes Zarządu spółki) wystawioną 8 września 2016 r.;
• kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pana T.S. (wg odpisu z KRS: Wiceprezes Zarządu) wystawioną 8 września 2016 r.;
• kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pani B.P. (wg odpisu z KRS: prokurent) wystawioną 8 września 2016 r.;
• kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do Pana P.K. (wg odpisu z KRS: prokurent) wystawioną 8 września 2016 r.;
• kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym podmiotu zbiorowego (E.) pochodzącą z 8 września 2016 r.;
• kopię informacji z KRK co do braku karalności Pana M.N., członka Rady Nadzorczej, która wprawdzie została wystawiona w dacie sprzed terminu składania ofert (7 lipiec

2016 r.), ale zakres informacji nie obejmuje art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, ale art. 24 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp.

W ocenie Odwołującego dokumenty te były niezgodne z wymaganiami siwz, treścią wezwania Zamawiającego z 10 listopada 2016 r. oraz niezgodne z treścią § 5 pkt 1, 2, 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

E. w toku postępowania przedstawił Zamawiającemu informacje, jakoby nie podlegał wykluczeniu. Informował też Zamawiającego, że jest w stanie udowodnić brak przesłanek do wykluczenia go z postępowania przy pomocy dokumentów. Jednak dokumenty przedłożone 21 listopada 2016 r. nie potwierdzają stanu na termin składania ofert, a tym samym Zamawiający został wprowadzony w błąd.

Przed złożeniem przedmiotowych dokumentów, w dniu 7 listopada 2016 r., E., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, został wezwany do uzupełnienia JEDZ. W wezwaniu z 7 listopada 2016 r. Zamawiający wskazał, że „uzupełnienia JEDZów mają potwierdzać brak

podstaw wykluczenia najpóźniej na dzień składania ofert".

W wykonaniu wezwania, reprezentanci E., w dniu 10 listopada 2016 r. uzupełnili JEDZ w ten sposób, że oświadczyli: „że w/w informacje - oświadczenia potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, tj. 26.08.2016". Kilka dni później, przedłożył dokumenty, które w ocenie Odwołującego nie potwierdziły braku podstaw do wykluczenia na dzień 26 sierpnia 2016 r. Dokumenty te wskazują natomiast, że o wydanie niektórych z nich E. zwrócił się już w toku trwającego postępowania, a nawet po otrzymaniu wezwania Zamawiającego z dnia 7 listopada 2016 r. Chodzi o informacje odnośnie niekaralności: pana W.C., pana M.G., pana M.B..

Odwołujący wskazywał, że pozyskanie przedmiotowych dokumentów leżało w gestii i w możliwościach wykonawcy. Działał on ze świadomością na jaką datę ma wykazać brak przesłanek do wykluczenia. Przy okazji uzupełniania JEDZ w listopadzie 2016 r. reprezentanci E. utrzymali Zamawiającego w błędzie, jakby E. był w stanie wykazać dokumentami stan rzeczy na 26 sierpnia 2016 r. Jednak o informacje z KRK odnośnie członków Rady Nadzorczej wykonawca ten wystąpił nie tylko po terminie składania ofert, ale po otrzymaniu wezwania Zamawiającego z 7 listopada 2016 r.

Zdaniem Odwołującego dla starannego i sumiennego wykonawcy zidentyfikowanie ewentualnych braków w dokumentach przedkładanych zamawiającemu nie powinno nastręczać żadnych większych trudności, tym bardziej, że chodziło o dokumenty standardowo wydawane przez organy skarbowe, organy ubezpieczeń społecznych, czy punkty informacyjne Ministerstwa Sprawiedliwości.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważał, iż na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lub w błąd lekkomyślności niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący, w razie nieuznania przez Izbę, iż wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp wskazywał, iż przytoczone powyżej okoliczności faktyczne wyczerpują również przesłankę w postaci podania, co najmniej w wyniku lekkomyślności, informacji wprowadzających w błąd w zakresie dysponowania wymaganymi dokumentami na potrzeby wykazania braku podstaw do wykluczenia na dzień 26 sierpnia 2016 r. A bez weryfikacji takich dokumentów Zamawiający nie może udzielić zamówienia powyżej tzw. progów unijnych. Wykonawca, który mimo swoich zapewnień ostatecznie nie przedstawił wymaganych dokumentów, wywołał wezwanie do ich przedłożenia dzięki podawaniu Zamawiającemu błędnej informacji w JEDZ, w tym w wyniku wykorzystania trybu z art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie uzupełniania JEDZ do utrzymywania Zamawiającego w błędzie.

W opinii Odwołującego wykonawca nie wykonał prawidłowo wezwania do uzupełnienia JEDZ. Nadto, co najmniej lekkomyślnie podał w JEDZ błędne informacje, których nie potwierdziły przedstawione później dokumenty w postaci zaświadczenia z US, ZUS oraz informacji z KRK. Nieprawdziwe informacje wpłynęły istotnie na „decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia", gdyż E. — kosztem wykonawcy, który prawidłowo powinien był zostać wezwany — otrzymał obligatoryjne wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, a następnie - uzyskał przedmiotowe zamówienie.

II. Niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień, środków finansowych/zdolności kredytowej oraz wykonania odpowiedniej usługi.

Odwołujący podnosił, że wykonawca E. nie wykazał spełnienia trzech warunków udziału w postępowaniu. Dwa usiłował wypełnić osobiście, a trzeci — przy pomocy podmiotu z grupy kapitałowej.

Po pierwsze, Zamawiający wymagał środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę co najmniej dwóch milionów złotych (pkt 3.1.1.3 lit. a) siwz).

W wykonaniu wezwania z 7 listopada 2016 r. do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca ten oświadczał, że wypełnia i ten warunek według stanu na 26 sierpnia 2016 r.

Przedłożona przezeń informacja z banku nie wskazuje na stan sprzed jej wydania, a została wydana 4 listopada 2016 r.

Po drugie, o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadali wymagane prawem uprawnienia UDT do wykonywania określonej działalności lub czynności, to jest zatwierdzone procedury UDT w zakresie naprawy części ciśnieniowej zgodnie z etapami kwalifikowania technologii spawania według normy PN-EN ISO 15614-1 (pkt 3.1.1.2.a) siwz).

Na potwierdzenie legitymowania się wymaganymi uprawnieniami wykonawcy - oprócz oświadczenia w JEDZ - mieli przedstawić decyzję administracyjną wydaną przez Urząd Dozoru Technicznego, uprawniającą do napraw i modernizacji urządzeń ciśnieniowych podlegających dozorowi technicznemu (pkt 3.2.2.a) siwz).

Odwołujący wskazywał, że wykonawca E. najpierw przywołał w JEDZ dwie decyzje UDT z 17 lutego 2016 r. - a mianowicie Decyzję nr UC-05-36-N/6-16 oraz Decyzję UC-05-36-N/4-16 - a następnie, w wykonaniu wezwania skierowanego do niego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (wezwanie z 10 listopada 2016 r.), przedstawił Zamawiającemu kopie przedmiotowych Decyzji wraz z załącznikami.

Odwołujący wyjaśniał następnie, że E. przedstawił dwie Decyzje Urzędu Dozoru Technicznego w przedmiocie uprawnień UDT do napraw kotłów parowych i modernizacji kotłów parowych, ale zakres tych uprawnień w przedmiocie technologii spajania metali (załącznik nr 2 /ARKUSZ S do Decyzji Nr UC-05-36-N/6- 16 z dnia 17 luty 2016 oraz załącznik nr 2/ARKUSZ S do Decyzji Nr UC-05-36-P/4-16 z dnia 17 luty 2016) obejmują tylko materiały grupy pierwszej i piątej wg ISO/TR.

Tymczasem Zamawiający w punkcie 4.7 oraz 10.2.2.3 siwz wymagał naprawy na elementach wykonanych z materiałów T91, które należą do grupy materiałowej 6.4 wg ISO/TR 15608 - elementy te podlegają odbiorowi UDT.

W ocenie Odwołującego E., wezwany w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, nie wykazał Zamawiającemu, że posiada pełne uprawnienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Po trzecie, zgodnie z pkt 3.1.1.2.b) siwz Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń

okresowych lub ciągłych - wykonuje, co najmniej jedną usługę odpowiadającą swoim zakresem przedmiotowi zamówienia polegającą na remoncie lub modernizacji kotła o wydajności pary nie mniejszej niż 380t/h, a wartość netto tej usługi była nie niższa niż 2.500.000,00 zł.

W tym zakresie wykonawca E. posłużył się — na zasadzie art. 22a Pzp — zasobami podmiotu z własnej grupy kapitałowej: E. C..

Jak wynika ze złożonego JEDZ E. C. wykazywał wykonanie dwóch usług:

1. *Modernizacji kotła OP430 nr 2K wraz z elektrofiltrem w V.E.P.Z. S.A.* Przy czym podana przez E. I.C. Sp. z o.o. w JEDZ wartość prac wyniosła 1.567 tys. zł, — a zatem była kwota o blisko 1 min złotych niższa od wymaganej przez Zamawiającego.
2. *Modernizacja i remont kotła parowego AP-1650 bloku nr 9 w 2013r. w E.W. S.A.* Zdaniem Odwołującego Usługa ta nie jest jednak zgodna z wymogiem, by "odpowiadała swoim zakresem przedmiotowi zamówienia ".

Odwołujący wskazywał, że o ile w niniejszym postępowaniu zasadniczym zakresem jest remont części ciśnieniowej kotła wraz z pracami w komorze paleniskowej, to w przypadku przywołanego przez E. C. remontu w Kozienicach przeważał remont urządzeń pomocniczych przy kotłowych. Zdaniem Odwołującego wymaga to innego rodzaju umiejętności i prace te swoim zakresem nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia.

Jak wykazano powyżej, w wezwaniu z 7 listopada 2016 r. Zamawiający wskazał E., że „uzupełnienia JEDZów mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu

najpóźniej na dzień składania ofert".

W wykonaniu tego wezwania, reprezentanci E., w dniu 10 listopada 2016 r. uzupełnili JEDZ: „niżej podpisani oficjalnie oświadczają, że w/w informacje - oświadczenia potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, tj. 26.08.2016".

Odwołujący zwracał uwagę, że także i w zakresie spełnienia „pozytywnych" warunków udziału w postępowaniu wykonawca E. nie miał wątpliwości według stanu na jaki dzień będzie realizować ciężar wykazania. Przedłożył jednak: (1) Opinię bankową, a także (2) Decyzje UDT wraz z załącznikami, które nie potwierdzały w pełnym zakresie spełnienia postawionych przez Zamawiającego warunków na termin składania ofert. Również w zakresie (3) warunku wykazywanego przy pomocy zasobów podmiotu z grupy kapitałowej podanie Zamawiającemu prawdziwych i prawidłowych informacji było możliwe, a wykonawca E. był w stanie i miał możliwość ustalić i sumiennie podać Zamawiającemu prawdziwy stan faktyczny.

13

Odwołujący podkreślał, że w okolicznościach postępowania, stopień niestaranności przy przygotowywaniu oraz podawaniu Zamawiającemu przez E. błędnych informacji wyczerpuje co najmniej rażące niedbalstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Niezależnie od tego Odwołujący zarzucał również, iż wobec E. wypełnione zostały przesłanki art. 26 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego reprezentanci E. przedstawili w JEDZ informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie: (1) spełnienia przez E. warunków, o których mowa w pkt 3.1.1.2.a) siwz oraz 3.1.1.3.a) siwz, a także pkt 3.1.1.2.b) siwz oraz (2) w zakresie zdolności do terminowego przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków przez E. na termin składania ofert.

Błędne były zarówno informacje pierwotnie przedstawione w JEDZ, jak i przedstawione przez E. w wykonaniu wezwania do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Miały one istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, albowiem gdyby wykonawca oświadczył prawdę — co mógł i powinien był uczynić chociażby w wykonaniu wezwania do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp — to Zamawiający nie podjąłby decyzji o wezwaniu tego podmiotu do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, a mógłby to uczynić wobec kolejnych wykonawców. Podawanie Zamawiającemu błędnych informacji może być uznane za szczególnie naganne w tzw. procedurze odwróconej, gdyż może prowadzić do znacznego przedłużania postępowania o udzielenie zamówienia, co nie leży ani w interesie Zamawiającego, ani pozostałych wykonawców, a nadto koliduje z obowiązkiem konkurowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

III. Zaniechanie odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ, względnie niezgodnej z ustawą.

Stosownie do art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Niemożliwość świadczenia, powodująca według art. 387 § 1 k.c. musi zachodzić w chwili jej zawarcia (tzw. niemożliwość pierwotna), musi to być niemożliwość istniejąca obiektywnie i mieć charakter trwały. Może ona mieć charakter faktyczny lub — tak jak w niniejszej sprawie — prawny.

Odwołujący powyżej wskazywał, że o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadali wymagane prawem uprawnienia UDT do wykonywania określonej działalności lub czynności, to jest zatwierdzone procedury UDT w zakresie naprawy części ciśnieniowej zgodnie z etapami kwalifikowania technologii spawania według normy PN-EN ISO 15614-1 (pkt 3.1.1.2.a) SIWZ).

14

Na potwierdzenie legitymowania się wymaganymi uprawnieniami wykonawcy - oprócz oświadczenia w JEDZ - mieli przedstawić decyzję administracyjną wydaną przez Urząd Dozoru Technicznego, uprawniającą do napraw i modernizacji urządzeń ciśnieniowych podlegających dozorowi technicznemu (pkt 3.2.2.a) SIWZ).

Odwołujący wskazywał, że E. przedstawił dwie Decyzje Urzędu Dozoru Technicznego

w przedmiocie uprawnień UDT do napraw i modernizacji kotłów parowych, ale zakres tych uprawnień w przedmiocie technologii spajania metali.

Tymczasem, Zamawiający w punkcie 4.7 oraz 10.2.2.3 siwz wymaga naprawy na elementach wykonanych z materiałów T91, które należą do grupy materiałowej 6.4 wg ISO/TR 15608 - a elementy te podlegają odbiorowi UDT.

Zdaniem Odwołującego oznacza, to że E. nie posiada uprawnień UDT wydanych w formie decyzji administracyjnej, wymaganej prawem do wykonania świadczeń określonych w przywołanych powyżej punktach siwz. Co więcej, żaden inny podmiot, którego uprawnienia dotknięte byłyby tymi brakami nie byłby uprawniony spełnić tego świadczenia.

Brak pełnych uprawnień wywołuje skutek w postaci nieważności zobowiązania ofertowego E. w zakresie wykonania pełnego przedmiotu zamówienia, gdyż bez wymaganych prawem uprawnień do realizacji określonych czynności nie można skutecznie zobowiązać się ich wykonania. W takim wypadku zachodzi prawna niemożliwość świadczenia. W części oferty dotkniętej brakiem uprawnień Zamawiający nie dysponuje skutecznym zobowiązaniem E., a zgodnie z art. 140 ust. 2 Pzp zakres świadczenia wykonawcy musi być tożsamy z zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie. Jest to taki brak, który nie może być usunięty retroaktywnie ze skutkiem na termin składania ofert, a nadto jest to brak który nie może być usunięty w trybie poprawiania omyłek.

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był odrzucić ofertę E. jako niezgodną z siwz, względnie jako sprzeczną z ustawą (zawierającą zobowiązanie do świadczenia, do wykonania którego E. Południe nie miał uprawnień).

IV. Zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 oraz zaniechanie żądania z art. 22a ust. 6 Pzp.

W przekonaniu Odwołującego wykonawca E. powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta podlegała odrzuceniu. Wykonawca ten bez angażowania nadmiernych zasobów, czy też ponoszenia znacznych kosztów był w stanie ustalić i podać Zamawiającemu prawdę odnośnie braku podstaw do wykluczenia z postępowania, odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też możliwości przedstawienia dokumentów potwierdzających odpowiedni stan faktyczny na termin składania ofert.

Odwołujący podnosił, że wykonawca był wzywany do uzupełnienia JEDZ (zarówno własnego, jak i podmiotu trzeciego) w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia — które stosuje się bezpośrednio — wskazuje się, że wykonawcy mogą zostać wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia (...) w przypadkach poważnego wprowadzenia w błąd przy wypełnianiu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia lub, ogólnie, przy przedstawianiu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub spełnienia kryteriów kwalifikacji, bądź też w przypadku odmowy przedstawienia takich informacji lub gdy wykonawcy nie są w stanie przedłożyć dokumentów potwierdzających (Załącznik nr 1 do Rozporządzenia, akapit siódmy).

Odwołujący zwracał uwagę, że w okolicznościach sprawy nie ma całkowitej pewności, że wykonawca E. z winy umyślnej do ostatniej chwili utrzymywał Zamawiającego w przekonaniu, że jest w stanie terminowo i prawidłowo dostarczyć Zamawiającemu zaświadczenie z US, ZUS, informacje z KRK, decyzje administracyjne UDT (wraz z załącznikami) potwierdzające stan na termin składania ofert. Pewne jest natomiast, że przedłożone 21 listopada 2016 r. zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, zaświadczenie ZUS, informacja z KRK dla podmiotów zbiorowych, informacja z KRK dla członków rady nadzorczej, informacja z KRK dla prokurentów, a także opinia z banku oraz Decyzje UDT z 17 lutego 2016 r. wraz z załącznikami — wbrew oświadczeniom reprezentantów E. — nie wykazują bez żadnych wątpliwości stanu na 26 sierpnia 2016 r.

Jednakże, w razie wykazania, że wykonawcy E. nie można przypisać w tym zakresie przynajmniej niedbalstwa w stopniu rażącym (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp) albo lekkomyślności (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp), to wykonawca ten powinien był zostać wezwany do uzupełnienia tych dokumentów na zasadzie art. 26 ust. 3 Pzp, czego Zamawiający również zaniechał, a tym samym udzielił zamówienia wykonawcy z naruszeniem przepisów art. 26 ust. 3, art. 7 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 2 i § 5 Rozporządzenia

w sprawie rodzajów dokumentów.

W opinii Odwołującego, także w razie uznania, iż wykonawca E. wskutek rażącego niedbalstwa nie wprowadzał Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez usługi podawane przez E. C. warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1.1.2.b) siwz, wykonawca E. powinien zostać wezwany w trybie art. 22a ust. 6 Pzp, gdyż — jak wskazano powyżej — przywołane usługi nie spełniają postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z tym przepisem, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez

zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże wymagane zdolności techniczne lub zawodowe. Zamawiający tego obowiązku nie dopełnił.

1 grudnia 2016 r. do Izby, ze strony wykonawcy E., wpłynęło pismo zawierające zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

14 grudnia 2016 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego do Izby, w formie pisemnej, wpłynęła odpowiedź na odwołanie, której odpisy Izba przekazał Odwołującemu oraz Przystępującemu. Również Odwołujący oraz Przystępujący złożyli pisma procesowe, których odpisy Izba przekazała stronom i uczestnikowi postępowania.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego, złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W toku rozprawy do Izby wpłynęły następujące dowody:

1. Ogłoszenie o zamówieniu E.W. S.A. z dnia 8 czerwca 2016 r.
2. SIWZ do przetargu nieograniczonego na modernizację i remont kotła bloku nr 9 w 2013 r.
3. Złożony w przetargu E.W. S.A. formularz ofertowy podmiotu udostępniającego zasoby.
4. Załącznik Tabelaryczny nr 1, stanowiący porównanie zakresów postępowań prowadzonych przez E.W. S.A. oraz przez Zamawiającego (obecne postępowanie)
5. Załącznik Tabelaryczny nr 2
6. Załącznik Graficzny nr 1 i 2, stanowiący graficzne porównanie zakresów prac w ramach postępowań prowadzonych przez: E.W. S.A. oraz przez Zamawiającego (obecne postępowanie)

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują

wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

I.

W zakresie zarzutu niewykazania przez Przystępującego braku podstaw do wykluczenia Izba uznała zgłoszone zarzuty za niezasadne. Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 12 oraz art. 7 ust. 3 Pzp.

W pkt 3.2.2. siwz Zamawiający wskazał, że celu wykazania braku przesłanek do wykluczenia wykonawcy powinni byli przedstawić:

- zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert albo inny dokument potwierdzający, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami (…) (pkt 3.2.2. lit. e) siwz);
- zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS, albo inny dokument potwierdzający, że wykonawca nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wystawione nie wcześniej niż trzy miesiące przed terminem składania ofert lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami (…) (pkt 3.2.2. lit. f) siwz),
- informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert.

Z ustaleń Izby wynika, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie toczyło się z wykorzystaniem tzw. procedury odwróconej. Termin składnia ofert upłynął w dniu 26 sierpnia 2016 r.

7 listopada 2016 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał E. do uzupełnienia JEDZów (E. oraz E. C.). W treści wezwania Zamawiający wskazał, że uzupełnienia JEDZów mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia najpóźniej na dzień składania ofert. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył żądane przez Zamawiającego oświadczenia, gdzie w Części VI „Oświadczenia końcowe" podano: (…) Niżej podpisani oficjalnie oświadczają, że w/w

informacje – oświadczenia potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia na dzień składania ofert tj. 26.08.2016 r.".

Z ustaleń Izby wynika, że oferta E. została oceniona jako najkorzystniejsza. Zamawiający, pismem z 10 listopada 2016 r., na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał E. do złożenia m.in. niżej wskazanych dokumentów. W wykonaniu ww. wezwania w dniu 21 listopada 2016 r. E. przedłożył Zamawiającemu:

- kopię zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego w B. datowaną na dzień 3 listopada 2016 r.;
- kopię zaświadczenia o niezaleganiu w opłaceniu składek wystawionego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Sosnowcu, stwierdzającą stan na dzień 11 października 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do Pana W.C. (wg odpisu z KRS: członek Rady Nadzorczej) wystawioną w dniu 9 listopada 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pana M.G. (wg odpisu z KRS: członek Rady Nadzorczej) wystawioną 9 listopada 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do Pana M.B. (wg odpisu z KRS: członek Rady Nadzorczej) wystawioną 9 listopada 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pana D.B. (wg odpisu z KRS: Prezes Zarządu spółki) wystawioną 8 września 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pana T.S. (wg odpisu z KRS: Wiceprezes Zarządu) wystawioną 8 września 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pani B.P. (wg odpisu z KRS: prokurent) wystawioną 8 września 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do Pana P.K. (wg odpisu z KRS: prokurent) wystawioną 8 września 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym podmiotu zbiorowego (E.) pochodzącą z 8 września 2016 r.;
- kopię informacji z KRK co do braku karalności Pana M.N., członka Rady Nadzorczej, wystawiona w dacie 1 lipca 2016 r. z zakres informacji art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według art. 25a ust. 1 Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w

zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji

istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:
1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, ąrt. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 6, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa wart. 25 ust. 1.

§ 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016, poz. 1126) („Rozporządzenie w sprawie dokumentów") stanowi, że w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów:

1. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Pzp, oraz odnośnie, skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu,
2. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
3. zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS, albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane

prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Natomiast zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając zasadność zgłoszonych zarzutów uznała, że są one bezpodstawne.

Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację prezentowaną przez Zamawiającego i Przystępującego, którzy zgodnie twierdzili w toku rozprawy, że w okolicznościach rozpoznawanej wykonawca E. nie podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie przez wykonawcę podstaw do wykluczenia.

Rozstrzygnięcie zarzutów odwołania wymaga omówienia kwestii, związanej z charakterem oświadczenia zawartego w JEDZ przy uwzględnieniu zagadnienia, związanego z potwierdzeniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na dzień składania ofert, w tym przypadku na dzień 26 sierpnia 2016 r.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznawane postępowanie zostało wszczęte po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. Poz. 1020). Wobec tego Zamawiający prowadząc omawiane postępowanie jest zobowiązany uwzględnić zmiany w przepisach, które wprowadziła powołana wyżej nowela Pzp.

Niewątpliwie jedną z kluczowych zmian jest wprowadzenie przez ustawodawcę jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp

powyższy dokument jest oświadczeniem wykonawcy, mającym stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że powyższe oświadczenie winno potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wykonawcy najpóźniej na dzień składania ofert.

W poprzednim stanie prawnym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu zobligowany był złożyć wraz z ofertą lub z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie tylko samo oświadczenie ale również komplet dokumentów wymaganych treścią rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Wprowadzenie rozwiązania, opierającego się o oświadczenie wykonawcy zawarte w JEDZ, bez wątpienia miało na celu odformalizowanie postępowania i odciążenie wykonawców od kompletowania formalnych dokumentów na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia o które ubiega się wykonawca. Jednakże nie można zapominać, że oświadczenie składane przez wykonawcę powinno odzwierciedlać stan w dacie nie późniejszej niż termin składania ofert.

Kolejnym palącym zagadnieniem, które wymaga wyjaśnienia jest kwestia, składanych przez wykonawcę w postępowaniu dokumentów, mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, w kontekście tego, czy dokumenty te powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania najpóźniej na dzień składania ofert, w tym przypadku na dzień 26 sierpnia 2016 r.

Z powyższym pytaniem, w rozpoznawanym stanie faktycznym, ściśle związana jest problematyka procedury uregulowanej w art. 24aa Pzp, tzw. „procedury odwróconej".

Zgodnie z treścią art. 24aa Pzp Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego w procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji.

Procedura ta polega zatem na tym, że Zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie JEDZ. W pierwszej

kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w specyfikacji, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uzyskała najwyższą ilość punktów w rankingu), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp.

Oznacza to, że w postępowaniach, w których zastosowana zostanie procedura odwrócona, zasady składania dokumentów są takie same, jak w innych postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego – wraz z ofertą wykonawca musi złożyć stosowne oświadczenie zgodnie z art. 25a Pzp, tyle że w przeciwieństwie do „zwykłych" postępowań, nie jest ono badane w pierwszej kolejności, a dopiero po zakończeniu oceny ofert.

Ratio legis ustawodawcy przy wprowadzeniu takiej procedury jest jednoznaczne i oczywiste, bowiem regulacja zawarta w art. 24aa Pzp w znacznym stopniu przyspiesza i ułatwia Zamawiającemu przeprowadzeniem postępowania, gdyż Zamawiający w takim przypadku nie musi podmiotowo oceniać wówczas wszystkich wykonawców, a jedynie tego, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę.

Zmierzając jednak do wyjaśnienia materii, związanej z przedkładanymi dokumentami, mającymi potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania przede wszystkim wskazać należy na treść przepisu art. 26 Pzp, który w sposób jasny i klarowny odwołuje się dokumentów aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 26 Pzp koresponduje wprost przepisem art. 26 ust. 3 Pzp, który dotychczas, regulując zasady uzupełniania dokumentów, odwoływał się wykazywania w nich stanu obowiązującego w dniu składania ofert.

W brzmieniu obowiązującym do dnia 27 lipca 2016 r. przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowił, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez

zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Jednak aktualnie powołany przepis nie zawiera już takiej regulacji, co w oczywisty sposób świadczy o zasadniczej zmianie postępowania w zakresie wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia.

Według art. 26 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia łub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stanęła na stanowisku, że błędne jest rozumowanie zasadzające się na tym, iż wykonawca zobowiązany jest legitymować się posiadaniem dokumentów według stanu obowiązującego w dniu składania ofert. Posługiwanie się tego rodzaju argumentacją stanowi zaprzeczenie idei nowelizacji, która opiera się na tym, że w przypadku zastosowania procedury odwróconej, wykonawca na etapie składania ofert składa jedynie oświadczenie, które stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tym

miejscu należy zwrócić uwagę, że powyższe oświadczenie winno potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wykonawcy najpóźniej na dzień składania ofert.

Dopiero gdy oferta danego wykonawcy zostanie uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejsza to wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, oparte o treść art. 26 Pzp, jest zobowiązany do przedłożenia dokumentów, z tym zastrzeżeniem, że mają one być aktualne na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów. Z powyższego wypływa oczywisty wniosek, że ustawodawca zmienił zasady postępowania w tym zakresie, przez

24

---

odstąpienie od żądania w toku postępowania (a zatem w praktyce nawet kilka miesięcy po terminie składania ofert) dokumentów aktualnych na dzień składania ofert.

Powyższe znajduje swoje uzasadnienie w brzmieniu art. 26 ust. 2f ustawy, który stanowi, że jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Treść przywołanego wyżej przepisu zezwala Zamawiającemu na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. W związku z tym stwierdzić należy, że w aktualnie obowiązującym stanie prawnym to już nie data składania ofert ma zasadnicze znaczenie dla oceny aktualności składanych oświadczeń i dokumentów, ale data wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Izby w omawianym zakresie zmiana przepisów Pzp wprowadzona nowelą z dnia 22 czerwca 2016 r. powoduje, iż dla Zamawiającego jest bez znaczenia, czy według stanu na dzień składania ofert wykonawca posiadał dokumenty, potwierdzające że nie podlega on wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Istotnym jest to, że wykonawca obowiązany jest złożyć oświadczenie JEDZ, z którego ma wynikać potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania z terminem nie późniejszym niż termin składania ofert. Natomiast przedkładane przez zwycięskiego wykonawcę dokumenty, na podstawie art. 26 Pzp, mają być dokumentami aktualnymi na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzającymi okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Co nie oznacza wcale, że nie mogą to być dokumenty wystawione po dacie składania ofert. Wręcz przeciwnie. W opisanej sytuacji wykonawca może posługiwać się dokumentami, odzwierciedlającymi stan po terminie składania ofert, z tym zastrzeżeniem, że dokument pozostawać aktualny w zakresie określonej sytuacji danego wykonawcy.

25

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba uznała, że dokumenty złożone przez E., w postaci: zawierające datę późniejszą niż data składania ofert w rozpoznawanym postępowaniu, tj. 26 sierpnia 2016 r.

- kopię zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego w B. datowaną na dzień 3 listopada 2016 r.;
- kopię zaświadczenia o niezaleganiu w opłaceniu składek wystawionego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Sosnowcu, stwierdzającą stan na dzień 11 października 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do Pana W.C. (wg odpisu z KRS: członek Rady Nadzorczej) wystawioną w dniu 9 listopada 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pana M.G. (wg odpisu z

KRS: członek Rady Nadzorczej) wystawioną 9 listopada 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do Pana M.B. (wg odpisu z KRS: członek Rady Nadzorczej) wystawioną 9 listopada 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pana D.B. (wg odpisu z KRS: Prezes Zarządu spółki) wystawioną 8 września 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pana T.S. (wg odpisu z KRS: Wiceprezes Zarządu) wystawioną 8 września 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pani B.P. (wg odpisu z KRS: prokurent) wystawioną 8 września 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do Pana P.K. (wg odpisu z KRS: prokurent) wystawioną 8 września 2016 r.;
- kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym podmiotu zbiorowego (E.) pochodzącą z 8 września 2016 r.;
- kopię informacji z KRK co do braku karalności Pana M.N., członka Rady Nadzorczej, wystawiona w dacie 1 lipca 2016 r.

- zawierające datę późniejszą niż data składania ofert w rozpoznawanym postępowaniu, tj. 26 sierpnia 2016 r. są dokumentami prawidłowymi i wystarczającymi do potwierdzenia braku występowania przesłanek, skutkujących wykluczeniem Przystępującego z prowadzonego postępowania.

Izba prezentując przedstawioną powyżej argumentację wskazuje, że w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego.

Odnosząc się zaś do argumentacji Odwołującego, posiłkującego się przepisami Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów to Izba zgadza się z Odwołującym, że w

treści ww. rozporządzenia wskazano określone okresy ważności dokumentów, odpowiednio 3 i 6 miesięcy. Jednakże Odwołujący zdaje się nie zauważać, że termin ich ważności zakreślono wstecz, uwzględniając przy tym termin składania ofert. Z powyższego wywieść należy, że ustawodawca ograniczył dolną granicę terminu ważności dokumentów, opisanych w rozporządzeniu, zapobiegając tym samym przedkładaniu przez wykonawców w ramach prowadzonego postępowania dokumentów starszych, wystawionych wcześniej przed terminem składania ofert (odpowiednio: 3 i 6 miesięcy, w zależności od rodzaju dokumentu).

Izba zwraca również uwagę na błędne wnioski Odwołującego wyciągane z treści dokumentów takich jak wezwanie Zamawiającego z dnia 7 listopada 2016 r. oraz treści uzupełnionego przez Przystępującego oświadczenia w Części VI.

Izba uznała, że analiza treści ww. dokumentów prowadzi wprost do konkluzji, że intencją Zamawiającego było jedynie wskazanie wykonawcy E. że „uzupełnienia JEDZów mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia najpóźniej na dzień składania ofert". W odpowiedzi na powołane powyżej wezwanie Zamawiającego, Przystępujący złożył żądane przez Zamawiającego oświadczenia. Natomiast oświadczenie zawarte w Części VI „Oświadczenia końcowe" należy traktować jako oświadczenie o potwierdzeniu spełnienie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia na dzień składania ofert tj. 26.08.2016 r. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, złożenie powyższego oświadczenie absolutnie nie stanowi zapewnienia, że E. na wezwanie Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, w dniu 21 listopada 2016 r. przedstawi komplet dokumentów, który będzie potwierdzał stan na termin składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izby nie sposób stwierdzić naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Podsumowując, Izba nie potwierdziła zasadności zarzutu naruszenia powołanych powyżej przepisów ustawy.

II. Niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień, środków finansowych/zdolności kredytowej oraz wykonania odpowiedniej usługi.

Treścią pkt 3.1.1.3 lit. a) siwz Zamawiający wymagał, że wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę co najmniej dwóch milionów

złotych (dla części I).

27

W wykonaniu wezwania z 7 listopada 2016 r. do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp E. oświadczał, że wypełnia i ten warunek według stanu na 26 sierpnia 2016 r.

Opinia bankowa z banku C.A.P. S.A. datowana na dzień 4 listopada 2016 r. zawiera informację, że E. została przyznana linia kredytowa w wysokości 2 000 000,00 zł.

W zakresie omawianego zarzutu Izba prezentuje analogiczną argumentację jak ta opisana w uzasadnieniu wyroku powyżej w pkt I w zakresie zarzutu, dotyczącego niewykazania przez Przystępującego braku podstaw do wykluczenia. W związku z tym Izba odstępuje od powielania zaprezentowanej powyżej argumentacji, uznając jej powtarzanie za niecelowe.

Kolejno Izba rozpoznała zarzuty dotyczące odpowiedniego zakresie uprawnień, którymi powinni legitymować się wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z pkt 3.1.1.2.a) siwz o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadali wymagane prawem uprawnienia UDT do wykonywania określonej działalności lub czynności, to jest zatwierdzone procedury UDT w zakresie naprawy części ciśnieniowej zgodnie z etapami kwalifikowania technologii spawania według normy PN-EN ISO 15614-1. Na wstępne potwierdzenie czego wykonawcy mieli wypełnić Część IV sekcja A pkt 2 JEDZ.

Izba ustaliła, że E. w JEDZ wskazał dwie decyzje: UDT z 17 lutego 2016 r. - a mianowicie Decyzję nr UC-05-36-N/6-16 oraz Decyzję UC-05-36-N/4-16 - a następnie, w wykonaniu wezwania skierowanego do niego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (wezwanie z 10 listopada 2016 r.), przedstawił Zamawiającemu dwie kopie Decyzji Urzędu Dozoru Technicznego w przedmiocie uprawnień UDT do napraw kotłów parowych i modernizacji kotłów parowych (wraz z załącznikami).

W toku rozprawy Odwołujący, w zakresie treści odwołania pkt 54 (str. 12 odwołania) sprecyzował, że należy mieć na uwadze treść załącznika nr 2 do siwz oraz pkt 4.7. gdzie wskazano gatunek stali T91. Podobnie z pkt 10.2.2.3, który również mieści się w treści załącznika nr 2 do siwz. Izba ustaliła, że analogiczna argumentacja znajduje się w pkt 35 (str. 10) odwołania i odnosi się właśnie od rozpoznawanego zarzutu.

28

Izba zbadała zgłoszony zarzut i stwierdziła, że jest on niezasadny.

W zakresie badania prawidłowości omawianego zarzutu za kluczowe Izba uznała brzmienie postanowień specyfikacji, odnoszące się do sformułowanego warunku udziału w postępowaniu, bowiem treścią siwz Zamawiający powinien się kierować dokonując oceny spełnienia warunków. W tym przypadku Zamawiający kształtując ww. warunek odwołał się wymaganych prawem uprawnień UDT do wykonywania określonej działalności lub czynności, to jest zatwierdzonych procedur UDT w zakresie naprawy części ciśnieniowej zgodnie z etapami kwalifikowania technologii spawania według normy PN-EN ISO 15614-1. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający postanowieniami specyfikacji nie wymagał przedstawienia szczegółowych uprawnień, dotyczących konkretnych grup materiałowych, wynikających z określonego zakresu prac (np. dot. określonego gatunku stali).

Izba stanęła na stanowisku, że skoro Zamawiający w siwz nie postawił szczegółowych wymagań odnośnie posiadanych przez wykonawców uprawnień, to oczywistym jest, że na etapie badania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może dokonywać doprecyzowania treści specyfikacji przez żądanie od wykonawcy E. wylegitymowania się szczegółowymi uprawnieniami, dotyczącymi konkretnych grup materiałowych, np. dotyczących określonego gatunku stali.

Izba uznała za wiarygodną argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w

odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający twierdził, że: „Fakt przedłożenia przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu, uprawnień w formie decyzji administracyjnej, potwierdza, że Wykonawca ten wdrożył właściwą technologię wytwarzania, naprawy lub modernizacji, posiada urządzenia zapewniające wytwarzanie, naprawę lub modernizację zgodnie z w/w technologią, zatrudnia pracowników o odpowiednich kwalifikacjach, a nadto posiada zorganizowaną kontrolę jakości i ma możliwość przeprowadzenia badań niszczących i nieniszczących wytwarzanych, naprawianych lub modernizowanych urządzeń technicznych oraz materiałów we własnym laboratorium lub laboratorium uznanym przez właściwą jednostkę UDT. Jednocześnie Zamawiający stawiając warunek posiadania uprawnień działał ze świadomością, że uprawnienia i certyfikaty nie są równoznaczne ze zwolnieniem ze spełnienia obowiązku przedłożenia dokumentacji technicznej do zatwierdzenia jej przez organ właściwej jednostki dozoru technicznego na etapie realizacji prac”.

29

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 387§ 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp;

Następnie Izba rozpoznała zarzut niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie odpowiedniej usługi. Zgłoszony zarzut Izba uznała za bezzasadny.

Zgodnie z treścią pkt 3.1.1.2. b) siwz Zamawiający sprecyzował, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - wykonuje, co najmniej jedną usługę odpowiadającą swoim zakresem przedmiotowi zamówienia polegającą na remoncie lub modernizacji kotła o wydajności pary nie mniejszej niż 380t/h, a wartość netto tej usługi była nie niższa niż 2.500.000,00 zł.

W celu wykazania spełnienia opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu, E. posłużył się, na podstawie art. 22a Pzp, zasobami podmiotu E. C..

Ze złożonego JEDZ E. C. wynika, że wykonawca wykazywał wykonanie dwóch usług:

3. *Modernizacji kotła OP430 nr 2K wraz z elektrofiltrem w V.E.P.Z. S.A.* Przy czym podana przez E. I.C. Sp. z o.o. w JEDZ wartość prac wyniosła 1.567 tys. zł, — kwota usługi o blisko 1 min złotych niższa od wymaganej przez Zamawiającego w siwz. W związku z powyższym usługa nie była brana pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.
4. *Modernizacja i remont kotła parowego AP-1650 bloku nr 9 w 2013 r. w E.W. S.A.* Przedstawiona usługa dotyczyła modernizacji i remontu kotła parowego AP -1650 BLOKU KR 9 o wydajności pary 1650 t/h i o wartości 3 751 000,00 PLN.

Nie było sporne między stronami, że usługa z pkt 2 była wykonana w odpowiednim okresie czasu, jak również to, że usługa polegała na remoncie lub modernizacji kotła o wydajności pary nie mniejszej niż 380t/h, a jej wartość netto była nie niższa niż 2.500.000,00 zł. Przedmiotem sporu pomiędzy stronami było rozumienie treści warunku udziału w postępowaniu w pkt 3.1.1.2. b) siwz w zakresie stwierdzenia „usługę odpowiadającą swoim zakresem przedmiotowi zamówienia polegającą na remoncie lub modernizacji kotła”.

30

Odwołujący wskazywał, że o ile w omawianym postępowaniu zasadniczym zakresem jest remont części ciśnieniowej kotła wraz z pracami w komorze paleniskowej, to w przypadku przywołanego przez E. C. remontu w Kozienicach przeważał remont urządzeń pomocniczych przy kotłowych. Zdaniem Odwołującego wymaga to innego rodzaju umiejętności i prace te swoim zakresem nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia.

Podobnie jak w zakresie uprzednio rozpoznawanego zarzutu, dotyczącego zakresu uprawnień, którymi powinni legitymować się wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, Izba zwraca uwagę na postanowienia specyfikacji, które w tym przypadku

przesądzają o zasadności zgłoszonego zarzutu.

Izba wskazuje, że w treści warunku udziału w postępowaniu w pkt 3.1.1.2. b) siwz Zamawiający co prawda powołał się na usługi, odpowiadające swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, jednak w dalszej części warunku doprecyzował i uszczegółowi swoje wymagania w tym obszarze, odwołując się usług remontu lub modernizacji kotła o wydajności pary nie mniejszej niż 380t/h, a wartość netto tej usługi powinna być nie niższa niż 2.500.000,00 zł. Wobec tego bez znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu pozostaje argumentacja Odwołującego, opierająca się porównaniu zakresu prac remontowych, wykonywanych w E.W. S.A. w Kozienicach, do zakresu prac, które mają być wykonywane w ramach prowadzonego postępowania na rzecz Zamawiającego.

Izba wskazuje, że badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinno odbywać się w oparciu o konkretną treść specyfikacji, a w tym przypadku Zamawiający nie określił szczegółowych wymagań w zakresie charakteru i specyfiki prac wykonywanych w ramach remontowych czy też modernizacyjnych. Zamawiający nie ograniczył doświadczenia wykonawców do prac remontowych w części ciśnieniowej kotła wraz z pracami w komorze paleniskowej. W ocenie Izby z treści pkt 3.1.1.2. b) siwz wprost wynika, że Zamawiający uzna każde doświadczenie wykonawcy w wykonywaniu usług, pod warunkiem, że wykonawca wykaże, że usługa:

- była wykonana w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – jest wykonywana,
- odpowiada swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, gdyż polegała na remoncie lub modernizacji kotła o wydajności pary nie mniejszej niż 380t/h, a wartość netto tej usługi była nie niższa niż 2.500.000,00 zł.

W związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że wobec tak sformułowanych wymagań Zamawiającego usługa powołana przez Przystępującego pt. *Modernizacja i remont kotła parowego AP-1650 bloku nr 9 w 2013 r. w E.W. S.A.* spełnia wszystkie

wymagania Zamawiającego opisane w pkt 3.1.1.2. b) siwz. Potwierdzają to także złożone przez Odwołującego dowody opisane w uzasadnieniu wyroku na str. 16 w pkt.

Wobec tego nie ma podstaw do twierdzenia, że Przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W zakresie wniosków Odwołującego wyciąganych z treści dokumentów takich jak wezwanie Zamawiającego z dnia 7 listopada 2016 r. oraz treści uzupełnionego przez Przystępującego oświadczenia w Części VI argumentacja Izby jest analogiczna do tej, opisanej w zakresie zarzutu I. Tym samym Izba potarzanie jej uważa za bezcelowe.

Izba wskazuje, że stwierdzenie niezasadności zarzutów opisanych w pkt I i II niniejszego uzasadnienia skutkuje automatycznym brakiem potwierdzenia się zarzutów, opisanych w pkt III i IV uzasadnienia.

Podsumowując, Izba nie stwierdziła naruszenie, powołanych w treści odwołania, następujących przepisów ustawy: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12, 13), 14), 15), 21), art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 22a ust. 6, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 387 §1 oraz art. 58 §1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) § 5 ust. 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).

……..
……..
……..