

Sygn. akt: KIO 1010/12
Sygn. akt: KIO 1034/12
Sygn. akt: KIO 1035/12
Sygn. akt: KIO 1037/12
Sygn. akt: KIO 1038/12

WYROK
z dnia 29 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw
Emil Kuriata
Renata Tubisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 6, 13, 14 i 25 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 18 maja 2012 r. przez wykonawcę **Alstom Power Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, al. Jana Pawła II 12** (sygn. akt KIO 1010/12),
- B. w dniu 21 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SNC Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC – Lavalin Inc., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 39a** (sygn. akt KIO 1034/12),
- C. w dniu 21 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Abener Energia S.A., Abener Ghenova Ingenieria S.L., 41014 Sewilla Hiszpania, C-Energia Solar, 1 Palmas Altas, Edit. C-1 Planta** (sygn. akt KIO 1035/12),
- D. w dniu 21 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PBG S.A., HYUNDAI Engineering Co. Ltd., Daewoo International Corporation 10, 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35** (sygn. akt KIO 1037/12),
- E. w dniu 21 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Siemens Aktiengesellschaft, Siemens Aktiengesellschaft**

1

Oesterreich, Siemens Sp. z o.o., 91058 Erlangen Germany, Freyeslebesstr 1
(sygn. akt KIO 1038/12),

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., 97-400 Bełchatów, ul. 1-go Maja 63**
przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MCE Berlin GmbH, BHR Hochdruck-Rohrleitungsbau GmbH, Babcock Borsing Steinmuller GmbH, 12681 Berlin Niemcy, Landsberger Allee 366** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1010/12 i KIO 1034/12 po stronie odwołującego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polimex-Mostostal S. A, Ansaldo Energia S. p. A, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1010/12, KIO 1035/12, KIO 1037/12 i KIO 1038/12 po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Abener Energia S.A., Abener Ghenova Ingenieria S.L., 41014 Sewilla Hiszpania, C-Energia Solar, 1 Palmas Altas, Edit. C-1 Planta** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1010/12, KIO 1034/12, KIO 1037/12, KIO 1038/12 po stronie zamawiającego
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stalbud Tarnów Sp. z o.o., Tecnicas Reunidas S.A, 33-121 Bogumiłowice, Mikołajewice 221** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1010/12, KIO 1034/12, KIO 1035/12 po stronie zamawiającego i KIO 1037/12 i KIO 1038/12 po stronie odwołującego
- E. wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO

1034/12 po stronie odwołującego

- F. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CONTROL PROCESS S.A., CP Trade Sp. z o.o., INITEC ENERGIAS.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1035/12 po stronie zamawiającego
- G. wykonawcy **RAFAKO S.A., 47-400 Racibórz, ul. Łakowa 33** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1037/12 po stronie odwołującego

2

- H. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **General Electric International Inc., Iberdrola Engineering and Construction Poland Sp. z o.o., Iberdrola Ingenieria y Construcción S.A.U., CT 06484-0861, Two Corporate Drive 5 Floor, Shelton** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1037/12 i KIO 1038/12 po stronie zamawiającego
- I. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A., DRAGADOS S.A., DURO FELGUERA S.A., 02-972 Warszawa, ul. Branickiego 15** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1037/12 i KIO 1038/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

A. sygn. akt KIO 1010/12

B.

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Alstom Power Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, al. Jana Pawła II 12i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Alstom Power Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, al. Jana Pawła II 12** tytułem wpisu od odwołania,

C. sygn. akt KIO 1034/12

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SNC Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC – Lavalin Inc., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 39a i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SNC Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC – Lavalin Inc., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 39a** tytułem wpisu od odwołania,

3

D. sygn. akt KIO 1035/12

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Abener Energia S.A., Abener Ghenova Ingenieria S.L., 41014 Sewilla Hiszpania, C-Energia Solar, 1 Palmas Altas, Edit. C-1 Planta i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Abener Energia S.A., Abener Ghenova Ingenieria S.L., 41014 Sewilla Hiszpania, C-Energia Solar, 1 Palmas Altas, Edit. C-1 Planta** tytułem wpisu od odwołania;

E. sygn. akt KIO 1037/12

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia **PBG S.A., HYUNDAI Engineering Co. Ltd., Daewoo International Corporation 10, 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PBG S.A., HYUNDAI Engineering Co. Ltd., Daewoo International Corporation 10, 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35** tytułem wpisu od odwołania.
F. sygn. akt KIO 1038/12

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Siemens Aktiengesellschaft, Siemens Aktiengesellschaft Oesterreich, Siemens Sp. z o.o., 91058 Erlangen Germany, Freyeslebesstr 1** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Siemens Aktiengesellschaft, Siemens Aktiengesellschaft Oesterreich, Siemens Sp. z o.o., 91058 Erlangen Germany, Freyeslebesstr 1** tytułem wpisu od odwołania.

4

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

.....
.....

5

Sygn. akt: KIO 1010/12
Sygn. akt: KIO 1034/12
Sygn. akt: KIO 1035/12
Sygn. akt: KIO 1037/12
Sygn. akt: KIO 1038/12

Uzasadnienie

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. 1 Maja 63, 97-400 Bełchatów (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pod nazwą „Budowa nowego bloku gazowo-parowego w PGE GiEK SA Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz” (dalej „Postępowanie”). Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 grudnia 2011 r. Nr 2011/S 246-399911 (dalej „Ogłoszenie o zamówieniu” lub „Ogłoszenie”).

W dniu 10 maja 2012 r. (pismem z 9 maja 2012 r.) Zamawiający poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu, ze wskazaniem 5 (pięciu) podmiotów, które zostaną zaproszone do składania ofert wstępnych oraz podaniem punktacji.

KIO 1010/12

W dniu 18 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **ALSTOM Power Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** (dalej „Odwołujący”) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w Postępowaniu. Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp,

6

Odwołujący wskazywał, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na:

1. zaniechaniu należytego badania i oceny wniosków poprzez nieuwzględnianie w ogólnej punktacji tych punktów, które wykonawca uzyskał z uwagi na dysponowanie wymaganym doświadczeniem osób trzecich, należących do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca,
2. czynieniu z prawa do badania i oceny wniosków użytku sprzecznego z zasadami współżycia społecznego i społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, gdyż Zamawiający dokonuje badania wniosków zgodnie z arbitralnie wybraną linię orzeczniczą, pozwalającą na kwalifikację do następnego etapu Postępowania własnych faworytów,
3. uwzględnienie za legalną sytuacji, w której wykonawcy bezprawnie utrudniają dostęp do niniejszego zamówienia innym wykonawcom, poprzez udzielanie własnych referencji innym wykonawcom (kupczenie referencjami), zaś uznanie że realne i naturalne posłużenie się referencjami pochodzącymi z grupy kapitałowej legalne nie jest,
4. zaniechaniu zaproszenia Odwołującego do udziału w Postępowaniu,
5. dopuszczeniu do Postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Abener Energia S.A. z siedzibą w Sevilla, Hiszpania, i Abener Ghenova Ingenieria S.L. z siedzibą w Sevilla, Hiszpania (dalej „Konsorcjum Abener”), pomimo że wynik badania i oceny wniosku wskazuje, że nie powinni być zakwalifikowani do pierwszej piątki wykonawców,
6. zaniechaniu równego traktowania wykonawców, biorących udział w Postępowaniu, oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazywał, że przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów prawa:

1. art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do uwzględnienia dyspozycji niniejszego przepisu przy dokonywaniu badania i oceny ofert, tj. nie jest zobowiązany do przyznania dodatkowej punktacji wykazanym zamówieniom, realizowanym przez podmioty z tej samej grupy

7

kapitałowej, którymi wykonawca dysponuje na podstawie udostępnienia wiedzy i doświadczenia,

2. art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do czynienia z prawa do badania i oceny wniosków użytku sprzecznego z zasadami współżycia społecznego i społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, a tym samym uprawniony jest do arbitralnego stosowania linii orzeczniczej przy wykładni norm ustawy Pzp,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dołożenia należytej staranności, aby eliminować z Postępowania zachowania uczestników Postępowania, utrudniających uczciwą konkurencję,
4. art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie kwalifikuje się do pierwszej piątki wykonawców, którzy uzyskali największą ilość punktów w rankingu wniosków,
5. art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że to Konsorcjum Abener winno znaleźć się w pierwszej piątce wykonawców, którzy uzyskali największą ilość punktów w rankingu wniosków,
6. art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez podjęcie w Postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

W związku z opisanymi naruszeniami, oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

1. unieważnienie czynności dopuszczenia wyłonionych wykonawców do udziału w Postępowaniu,
2. powtórzenie czynności badania i oceny wniosków,
3. powtórzenie czynności dopuszczenia wykonawców do udziału w Postępowaniu z

uwzględnieniem:

- a) dopuszczenia Odwołującego do kolejnego etapu w Postępowaniu, jako podmiotu, który uzyskał ilość punktów, gwarantującą miejsce w pierwszej piątce rankingu złożonych wniosków,

8

- b) okoliczności, iż Konsorcjum Abener nie kwalifikuje się do pierwszej piątki wykonawców, zgodnie z właściwie sporządzonym rankingiem wniosków
4. zaprzestanie czynienia ze swego prawa użytku sprzecznego z zasadami współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa,
5. zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz zezwalania innym wykonawcom na naruszanie tych zasad.

Odwołujący wskazywał, iż posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść i poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, dokonałby należytej czynności badania i oceny wniosków. Konsekwentnie, wniosek Konsorcjum Abener nie zostałby sklasyfikowany w pierwszej piątce, w rankingu wniosków, lecz to Odwołujący oraz pozostali wykonawcy, zaproszeni już do udziału w Postępowaniu, zostaliby sklasyfikowani na pierwszych pięciu miejscach rankingu wniosków. Tym samym, gdyby Zamawiający podejmował czynności zgodne z przepisami ustawy Pzp, Zamawiający nie narażałby się na możliwość (na późniejszym etapie Postępowania) bezprawnego wyboru oferty Konsorcjum Abener, jako oferty najkorzystniejszej, oraz na zawarcie nieważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego z tym wykonawcą. Przeciwnie, podejmowałby czynności prowadzące do realizacji zamówienia przez wiarygodnego wykonawcę, spełniającego warunki udziału w Postępowaniu. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego i - w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - legitymuje do wniesienia odwołania.

Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, co następuje.

1. Odwołujący wskazywał, że w przypadku postępowania toczącego się w trybie negocjacji z ogłoszeniem, wykonawcy dowiadują się o należytej treści wniosku wyłącznie z opublikowanego Ogłoszenia. Wykonawcy nie mają możliwości zadawania pytań, gdyż instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 38 ust. 1 - 1b ustawy Pzp, dotyczy wyłącznie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z pominięciem ogłoszenia o zamówieniu. Dodatkowo, w niniejszym Postępowaniu, w ust. VI.3).3 Ogłoszenia Zamawiający zastrzegł, że „na etapie składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie przewiduje się udzielania wyjaśnień oraz odpowiedzi na zapytania”. Wobec powyższego,

9

dokonując wykładni poszczególnych warunków udziału w Postępowaniu, wykonawcy zdali byli wyłącznie na swój profesjonalizm, wiedzę i doświadczenie.

2. W ust. VI.3).1 Ogłoszenia Zamawiający wskazał, że „[wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu w sposób jednoznaczny, 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, Wykonawca dostarczy również dokument/-y poświadczający/-e, że osoba/-y podpisujące zobowiązanie były do tego uprawnione. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów pod warunkiem, że udowodni zamawiającemu, iż podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia oraz nie podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienia publiczne przedstawiając w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty, o których mowa w Sekcji III.2.1 litera B punkt 1

bądź odpowiadające im dokumenty określone w pkt 2 i 3 tej sekcji. W sytuacji opisanej w niniejszym akapicie, Zamawiający będzie wymagał udziału podmiotów trzecich w negocjacjach w trakcie postępowania".

3. Powyższy cytat stanowi pełną treść odnośnego ustępu Ogłoszenia, dotyczącego się możliwości polegania, na zasadach wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, na zasobach podmiotów trzecich. Odwołujący zwracał uwagę, że Zamawiający nie zastrzegł w treści Ogłoszenia, iż udostępnione przez spółkę ze własnej grupy referencje nie będą uwzględniane przy ocenie ilości zdobytych punktów. Zatem, Odwołujący nie miał żadnych podstaw by przyjmować, iż już po terminie składania wniosków Zamawiający w sposób nieuprawniony zmieni treść Ogłoszenia.

4. Odwołujący podkreślał, że w przypadku zamówień publicznych dotyczących się rynku właściwego dla Zamawiającego i Odwołującego, zamawiający często korzystają z trybów pozwalających na przeprowadzenie prekwalfikacji, a następnie zaproszenie mniejszej liczby wykonawców do kolejnego etapu postępowania. I tak, przykładowo, w postępowaniu prowadzonym przez Elektrownię Ostrołęka S.A. pn. „Budowa Elektrowni Ostrołęka C o mocy ok. 1000 MW”, nr ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 181-295767, Zamawiający precyzyjnie w ogłoszeniu wskazał, iż „[w] pierwszej kolejności zamawiający będzie uwzględniał własne doświadczenie wykonawcy składającego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wykonawców wspólnie ubiegających się o

10

udzielenie zamówienia). (...) Jeżeli liczba wykonawców, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż 5, zamawiający weźmie pod uwagę również doświadczenie innych podmiotów, na których wiedzy i doświadczeniu będzie polegać wykonawca składający wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z zastrzeżeniem, że zamawiający dopuszcza powołanie się na doświadczenie innego podmiotu pod warunkiem, że wykonawca udowodni, iż podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia i nie podlega wykluczeniu z obiegania się o zamówienia (na potwierdzenie czego zostaną do wniosku dołączone dokumenty wymagane Sekcją III.2.1) pkt B ogłoszenia dotyczące tego podmiotu). W celu doboru brakującej do 5 liczby wykonawców, zamawiający dokona oceny w oparciu o w/w kryteria kwalifikacji". Powyższa instrukcja informuje zatem zainteresowanych wykonawców, że zamawiający planował obliczać punkty w szczególny sposób. Zatem, jeszcze przed terminem składania wniosków wykonawcy byli w stanie obliczyć przysługujące im punkty.

7. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający nie wskazał w Ogłoszeniu, że planuje obliczać dodatkowe punkty w szczególny sposób. Nie jest więc uprawniony do zmiany własnej decyzji i obliczania ich w szczególny sposób, gdy już zapoznał się z treścią wniosków. To bowiem prowadzi do dostosowywania metody kalkulacyjnej do preferowanej przez Zamawiającego listy rankingowej, co stanowi rażące naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. Powyższa opinia jest zgodna z wykładnią dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 6 lutego 2012r., sygn. akt KIO 133/12. Izba orzekła, że „[obowiązkiem zamawiającego jest - jak stanowią przytaczane wyżej przepisy, w sposób jasny ustalić w ogłoszeniu warunki udziału, sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków, będący podstawą dopuszczenia wykonawców do uczestnictwa w postępowaniu, a w przetargu ograniczonym podać kryterium z zakresu warunków udziału, oraz jego znaczenie w ustalaniu kolejności wykonawców zakwalifikowanych do złożenia oferty. Następnie zaś w trakcie badania złożonych wniosków, dokładnie się do nich zastosować.

Zarówno wykonawcy, jak i zamawiający są związani ustalonymi postanowieniami ogłoszenia. Wykonawca ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a za dalszym etapie - o możliwość złożenia oferty, musi mieć pewność, że zamawiający będzie prowadził postępowanie w sposób przejrzysty, a jego czynności będą przewidywalne, i że istnieją niewzruszalne podstawy do ich weryfikacji.

Ustalone warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, a także znaczenie tych warunków podane w ogłoszeniu, w przekonaniu Izby,

11

muszą być rozumiane na tyle ściśle, że nie podlegają żadnej innej wykładni, oprócz literalnej. Skoro zamawiający nie podał jednoznacznie w warunkach ogłoszenia (nawet pomimo wyjaśnień na ten temat), że przy ocenie punktowej w danym kryterium wiedzy i doświadczenia - będzie brane pod uwagę jedynie doświadczenie własne wykonawcy, nie może takiego ograniczenia wprowadzać na etapie oceny wniosków”.

8. Z powyższego jasno wynika, że na obecnym etapie Postępowania, Zamawiający nie jest uprawniony do dokonania zmiany sposobu oceniania ofert. Zamawiający jest zobowiązany do stosowania się do literalnego brzmienia treści Ogłoszenia, w którym nie zakazał posługiwania się potencjałem wiedzy i doświadczenia spółek z własnej grupy - w tym przypadku dotyczy to doświadczenia ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd., czyli spółek z grupy ALSTOM - w celu uzyskania dodatkowych punktów, jeżeli ilość wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu i nie podlegających wykluczeniu byłaby większa niż 5. Dlatego też, Zamawiający jest obowiązany do uwzględnienia wszystkich wykazanych przez Odwołującego zamówień przy ustalaniu rankingu wniosków.

9. Zasada pewności prawa określana jest w orzecznictwie Trybunału także jako zasada lojalności państwa wobec adresata norm prawnych. Wynika z niej konieczność zagwarantowania przez ustawodawcę adresatom unormowań maksymalnej przewidywalności i obliczalności rozstrzygnięć podejmowanych wobec podmiotów przez organy państwowe (wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2004 r., sygn. akt K 4/03 i z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt P 40/07). Wyraża się ona w stanowieniu i stosowaniu prawa w taki sposób, by nie stawało się ono swoistą pułapką dla podmiotu, który powinien móc układać swoje sprawy w zaufaniu, że nie naraża się na prawne skutki niedające się przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i że jego działania, podejmowane zgodnie z obowiązującym prawem, będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny.

10. Jeżeli w czasie ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie było zastrzeżenia o nieuznawaniu doświadczenia nabytego z zasobów własnej grupy - w tym wypadku grupy kapitałowej Alstom, dyskryminowanie obecnie Odwołującego nie ma uzasadniania opartego w warunkach przetargowych i przepisach ustawy Pzp. To Zamawiający dokonuje badania i oceny ofert, zatem to na Zamawiającym, jako dysponentcie publicznych środków finansowych, ciąży szczególnego rodzaju powinność stosowania norm ustawy Pzp zgodnie z ich brzmieniem oraz wykładnią, i dążyć do zapewnienia aby o zamówienia ubiegali się wykonawcy najbardziej zdolni do wykonania zamówienia.

12

Odwołujący podkreślał, że wraz ze spółką ALSTOM (Switzerland) Ltd, czyli spółki z grupy ALSTOM dysponuje potencjałem pozwalającym na uzyskanie wysokiej oceny w rankingu doświadczenia, gwarantującym zaproszenie do kolejnego etapu Postępowania. Stąd słuszny jest zarzut naruszenia również art. 5 k.c., gdyż Zamawiający nie jest uprawniony do czynienia użytku ze swego prawa w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego i społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa; w przypadku zaś podjęcia czynności wbrew przytoczonym zasadom, działanie takie nie podlega ochronie.

11. Odwołujący wskazywał, że wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, które orzekają o niemożności posługiwania się wiedzą i doświadczeniem podmiotów trzecich w celu uzyskania wyższej pozycji rankingowej, dotyczą sytuacji, w której wykonawcy kupczą referencjami, czy zawiązują tzw. spółdzielnie, powołują się na ten sam potencjał, udostępniany przez ten sam podmiot trzeci albo udostępnili sobie nawzajem posiadane referencje, czy też udostępnili referencje innym wykonawcom i jednocześnie sami jako wykonawca ubiegają się o zamówienie. Z reguły, Izba w takich sytuacjach wskazywała, że wykonawcy, którzy z założenia mają konkurować ze sobą, nie są uprawnieni do wchodzenia w porozumienia celem wykazania przez określone przez wykonawców grono podmiotów tych samych referencji i osiągnięcie takiej samej ilości punktów, zakłócają przez to konkurencję i ranking wykonawców zaproszonych, poprzez zwiększenie własnych szans kosztem innych. Takie działanie bowiem prowadzi do ograniczenia dostępności do rynku zamówień

publicznych innym wykonawcom, nie biorącym udziału w porozumieniu.

12. W niniejszym Postępowaniu Odwołujący nie bierze udziału w kupczeniu referencjami ani w tzw. spółdzielniach. Odwołujący polega bowiem na wiedzy i doświadczeniu ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd., lub konsorcjum, w skład którego wchodziła m.in. spółka ALSTOM (Switzerland) Ltd. lub ALSTOM Power O & M Ltd. Udostępnione wiedza i doświadczenie zostały przekazane wyłącznie Odwołującemu - żaden inny podmiot ubiegający się o przedmiotowe zamówienie nie dysponuje wiedzą i doświadczeniem ALSTOM (Switzerland) Ltd. czy ALSTOM Power O & M Ltd., a w szczególności żaden z wykonawców nie jest uprawniony do polegania na wykazanych przez Odwołującego zamówieniach. Powyższe dobitnie wskazuje, że Odwołujący traktuje pozostałych wykonawców jak własną konkurencję i nie dąży do przeforsowania do kolejnego etapu pewnej grupy podmiotów, której jest częścią. Przeciwnie, Odwołujący już na etapie składania wniosków zadbał o to, by ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd. udostępniły swą wiedzę i doświadczenie, w niniejszym Postępowaniu, wyłącznie Odwołującemu. Zatem, Odwołujący dba jedynie o promocję własnej osoby do kolejnego

13

etapu i jego zachowanie nie wpływa na zaburzenie uczciwej konkurencji w Postępowaniu, gdyż każdy z wykonawców ma równe szanse na konkurowanie z Odwołującym.

13. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że podmiotem udostępniającym jest spółka z Grupy Alstom. Choć ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd. są odrębnymi podmiotami od Odwołującego, to jednak wszystkie trzy spółki mają wspólny cel - prężne rozwijanie się Grupy Alstom. Zatem, w takich okolicznościach, udostępniana wiedza i doświadczenie zostaną w sposób naturalny i szczególnie płynny przekazane Odwołującemu. W sytuacji zaś, w której poszczególne części zamówienia zostaną podzielone ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd., Zamawiający ma jasność, że wykazane zamówienia, realizowane przez ALSTOM (Switzerland) Ltd. i ALSTOM Power O & M Ltd., faktycznie zwiększają wiarygodność Odwołującego jako wykonawcy.

14. Powyższe wskazuje, że Odwołujący uczciwie, w sposób konkurencyjny względem pozostałych wykonawców ubiega się o realizację przedmiotowego zamówienia. Już bowiem na etapie prekwalifikacji Odwołujący wykazał się doświadczeniem, którym nie posługuje się żaden inny wykonawca biorący udział w Postępowaniu. Nadto, wykazane przez Odwołującego wiedza i doświadczenie, również i te na którym polega na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zostanie w praktyczny sposób przez Odwołującego wykorzystane, gdyż Podmiot udostępniający jest równocześnie podwykonawcą Odwołującego. Dodatkowe punkty nie są zatem przyznawane Odwołującemu za realizację zamówienia przez podmiot, który jedynie w luźny, czy incydentalny sposób będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Zamawiający nie miał zatem podstaw by zaniechać uwzględnienia wykazanego doświadczenia, udostępnionego przez ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd.

15. Odwołujący podkreślał, że przyznanie punktów za doświadczenie pochodzące od ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd., czyli spółek z Grupy ALSTOM, jest w pełni zgodne z orzecznictwem, na które Zamawiający się powołuje, i to z kilku powodów.

16. Po pierwsze, jako dobro chronione orzeczenia te przyjmują niedopuszczalność:

- „premiowania wykonawców” uzyskujących przewagę konkurencyjną w postępowaniu poprzez swą zdolność do „pozyskiwania z rynku największej liczby udostępnianych zasobów” [tak: wyrok z dnia 17 lutego 2012 sygn. akt: KIO 232/12, sygn. akt: KIO 243/12];

14

-
- [wykonawców] „którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami” [tak: wyrok z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt: KIO

331/12, sygn. akt: KIO 333/12].

Innymi słowy, jako dobro chronione wskazane przez Zamawiającego orzeczenia przyjmują niedopuszczalność handlu referencjami dla budowania przewagi konkurencyjnej w Postępowaniu.

17. Po drugie, stan faktyczny dotyczący Odwołującego nie narusza dobra chronionego przywołanymi przez Zamawiającego orzeczeniami KIO., gdyż:

- Odwołujący nie pozyskiwał zasobów ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd., poszukując ich z rynku lub jako dostępnych na rynku, ponieważ dostępność tych zasobów dla Odwołującego jest naturalna, bowiem bierze się z przynależności do tej samej grupy kapitałowej;
- Odwołujący nie nawiązywał współpracy ze znaczną ilością podmiotów oferujących swoje zasoby, ponieważ Odwołujący wykazał dostępność mu jedynie zasobów ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd., czyli siostrzanych spółek z tej samej grupy kapitałowej Alstom;
- dostępność na rzecz Odwołującego zasobów ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd. nie odbyła się kosztem dostępności takich zasobów dla innych Wykonawców w Postępowaniu, ponieważ zasoby te nie były dostępne innym podmiotom niż Odwołujący.

Innymi słowy, Odwołujący nie korzysta z zasobów ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd. wskutek sztucznego, prokurowanego wyłącznie dla potrzeb Postępowania, kumulowania na rzecz wykonawcy dostępności zasobów różnych podmiotów. Odwołujący w sposób szczególnie podkreśla, że wraz z ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd. należy do jednej grupy kapitałowej Alstom (już tylko na marginesie należy zauważyć, że dowody niniejszego twierdzenia, tj. wyciąg z rejestru dla ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd., znajdują się we wniosku Odwołującego o dopuszczenie do Postępowania).

18. Po trzecie, współpraca Odwołującego z ALSTOM (Switzerland) Ltd. i z ALSTOM Power O & M Ltd. wynika z przynależności do tej samej grupy kapitałowej, i - co należy w 15

sposób szczególnie uwypuklić - ma charakter trwały i niezależny od niniejszego Postępowania o zamówienie publiczne. Istotą działania grupy kapitałowej jest systemowa dostępność podmiotom grupy zasobów posiadanych przez inne podmioty tej samej grupy kapitałowej, przesądzająca o skutku synergii wynikającym z przynależności do grupy kapitałowej. Brak takiej dostępności czyniłby bezprzedmiotowym tworzenie grup kapitałowych. Jedynie dla celów dowodowych, zgodnie z wymaganiem zdania drugiego ust. 2b art. 26 ustawy Pzp, dostępność ta jest dodatkowo potwierdzona w niniejszym Postępowaniu porozumieniem podpisanym przez Odwołującego z ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz z ALSTOM Power O & M Ltd. Tym samym, sytuacja Odwołującego odróżnia się zasadniczo od sytuacji wykonawców nawiązujących z innymi podmiotami aliansy incydentalne, o charakterze nietrwałym, dyktowane jedynie potrzebą formalnego wykazania dostępności im zasobów podmiotów trzecich dla zdobycia większej liczby punktów, zakłócając w ten sposób uczciwą konkurencję. Tymczasem, w przypadku Odwołującego, sięgnięcie do zasobów ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd. jest naturalne z uwagi na trwałe związki łączące Grupę Alstom. W konsekwencji, ewentualna przewaga konkurencyjna Odwołującego bierze się z trwałego, naturalnego i niezależnego od niniejszego Postępowania aliansu w postaci przynależności do grupy kapitałowej, a nie z incydentalnego aliansu dyktowanego poszukiwaniem zasobów dla potrzeb postępowania i sztucznym tworzeniem wybujałego zasobu w celu przechytrzenia konkurencji.

19. Po czwarte, w konsekwencji powyższego, dobro chronione przywołanymi orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej nie jest naruszane sytuacją faktyczną, w której znajduje się Odwołujący. Zatem, przyznanie punktów za doświadczenie zaczerpnięte w sposób naturalny z zasobów własnej grupy kapitałowej nie pozostaje w sprzeczności ze wskazanymi przez Zamawiającego wyrokami Izby.

20. Podsumowując, Odwołujący stwierdzał, że przedstawione w niniejszym odwołaniu argumenty potwierdzają, że Zamawiający dopuścił się szeregu błędów w toku Postępowania. Zatem, uznać należy, że odwołanie jest w pełni uzasadnione, a zarzuty określone w jego

petitum zasługują na uwzględnienie.

W dniu 21 maja 2012 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24 maja 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie:

16

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Stalbud Tarnów sp. z o.o., Mikołajewice 221, 33-121 Bogumiłowice i Tecnicas Reunidas S.A. C/Arapiles 13, 28015 Madryt (dalej „Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas”). Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż ma interes w dokonaniu powyższej czynności. Zważywszy na fakt złożenia przez zgłaszającego przystąpienie odwołania oraz podniesione w nim zarzuty oraz żądanie liczy on, że wskutek jego uwzględnienia oraz oddalenia odwołania Odwołującego zgłaszający przystąpienie zostanie zakwalifikowany do dalszego etapu toczącego się Postępowania.

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Polimex-Mostostal S.A. (lider), ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, Ansaldo Energia S.p.A., Via Nicola Lorenzi 8, 16152 Genua, Włoch (dalej „Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo”) (wpływ bezpośredni), wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż ma interes w oddaleniu odwołania i uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ Odwołujący postawił zarzut błędnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny wniosków. W przypadku zatem uwzględnienia odwołania i uznania za nieprawidłowe działań Zamawiającego, zgłaszający przystąpienie może utracić szansę na udział w Postępowaniu i realizację zamówienia, a więc występuje ryzyko poniesienia przez niego szkody. Podnosił, że pojęcie interesu wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po jednej ze stron postępowania o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp podlega szerokiej interpretacji i nie powinno być kojarzone wyłącznie z interesem odwołującego wymienionym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Za taką interpretacją opowiedziała się KIO w wyroku z 9 listopada 2012 r. stwierdzając, że interes wykonawcy w przystąpieniu do postępowania odwoławczego należy rozumieć jako „(...) jakąkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje, wygra postępowanie odwoławcze. Ponadto, interes wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego nie musi być związany z konkretnym, toczącym się postępowaniem (tak: Patryka Mariusz Prz.publ.2010.3.16, 112600/1). Zgłaszający przystąpienie stał na stanowisku, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wszystkich wniosków zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp a także Ogłoszeniem o zamówieniu. Z uwagi na powyższe zgłaszający przystąpienie kwestionował zarzuty podniesione w odwołaniu i wniósł o jego oddalenie w całości;

- Konsorcjum Abener, które wskazywało, iż przedmiocie przystąpienie do odwołania zostaje dokonane w zakresie, w jakim odwołanie dotyczy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Abener oraz przyznania niewłaściwej punktacji wnioskowi złożonemu przez Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, wniósł o oddalenie odwołania w

17

części dotyczącej zarzutów skierowanych przeciwko wnioskowi o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonemu przez Konsorcjum Abener oraz zarzutów dotyczących przyznania niewłaściwej punktacji wnioskowi złożonemu przez Odwołującego - na podstawie art. 192 ustawy Pzp - z uwagi na fakt, że podniesione zarzuty nie są zasadne. Zgodnie z przeprowadzoną przez Zamawiającego oceną wniosek złożony przez Konsorcjum Abener został sklasyfikowany na piątej pozycji, co zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu powoduje, że Konsorcjum Abener zostanie zaproszone do dalszego etapu postępowania. Uwzględnienie odwołania w części dotyczącej zarzutów skierowanych przeciwko wnioskowi Konsorcjum Abener oraz zarzutów dotyczących przyznania niewłaściwej liczby punktów wnioskowi Odwołującego może spowodować, że wniosek Konsorcjum Abener zostanie sklasyfikowany poniżej 5 pozycji. W następstwie powyższego Konsorcjum Abener nie zostanie

zaproszone do udziału w kolejnym etapie Postępowania. Jednocześnie rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego umożliwi Konsorcjum Abener uniknięcie powyższych konsekwencji a tym samym po jego stronie nie dojdzie do powstania szkody majątkowej związanej z utraconymi korzyściami które mógłby osiągnąć, gdyby jego wniosek został dopuszczony do udziału w kolejnym etapie Postępowania, a następnie gdyby złożył najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu.

W dniu 24 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MCE Berlin GmbH, Landsberger Str. 366, 12681 Berlin, Niemcy, Babcock Borsing Steinmuller GmbH Duisburger Str. 375, 46049 Oberhausen, Niemcy, BHR Hochdruck-Rohleitungsbau GmbH Wolbeckstrasse 25, 45329 Essen Niemcy (dalej „Konsorcjum MCE-Babcock-BHR”), wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Konsorcjum MCE-Babcock-BHR wskazywało, iż ma interes w tym, aby spór został rozstrzygnięty na korzyść Odwołującego. Wniesione odwołanie zmierza bowiem do wykazania, że Zamawiający przy badaniu i ocenie wniosków o udział w Postępowaniu w sposób nieuprawniony nie uwzględniał punktów, które wykonawcy (w tym Odwołujący i Konsorcjum MCE-Babcock-BHR) powinni byli uzyskać z uwagi na dysponowanie wymaganym doświadczeniem osób trzecich. Wskazanie w toku postępowania odwoławczego, że Zamawiający dokonał błędnej oceny wniosków może spowodować zmianę oceny punktowej poszczególnych wniosków i w konsekwencji zwiększa szanse zakwalifikowania się zarówno Odwołującego jak i Konsorcjum MCE-Babcock-BHR do dalszego etapu Postępowania. Ze względu na to, że Postępowanie prowadzone jest w procedurze dwuetapowej od oceny prawidłowości czynności Zamawiającego podjętych w pierwszym etapie postępowania, zależy dalszy bieg Postępowania. Tym samym przystąpienie do postępowania odwoławczego po

18

stronie Odwołującego ma na celu ochronę interesu Konsorcjum MCE-Babcock-BHR, który ma również szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie w razie skutecznego zakwestionowania oceny dokonanej przez Zamawiającego. W interesie Konsorcjum MCE-Babcock-BHR jest wykazanie w niniejszym postępowaniu odwoławczym, iż ocena punktowa dokonana przez Zamawiającego (a tym samym również odnosząca się do Konsorcjum MCE-Babcock-BHR) narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ocena wystąpienia szkody u Konsorcjum MCE-Babcock-BHR nie może być dokonana w oderwaniu od etapu postępowania, na którym podejmowane są czynności Zamawiającego. Ponieważ nie jest możliwe na etapie składania wniosków prekwalfikacyjnych ustalenie pozycji przyszłej oferty Odwołującego oraz Konsorcjum MCE-Babcock-BHR wśród innych ofert, ocena możliwości poniesienia szkody musi mieć w tym przypadku charakter hipotetyczny, podobnie jak ma to miejsce w przypadku wnoszenia środków ochrony prawnej wobec postanowień ogłoszenia czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tak KIO z wyroku z dnia 6 maja 2012 r. KIO 840/11, KIO 841/11, KIO 848/11). Dodatkowo w ślad za wyrokiem KIO z dnia 31 marca 2011 r. (KIO 582/11) Konsorcjum MCE-Babcock-BHR wskazywało, że interes, jaki ma się legitymować zgłaszający przystąpienie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) jest odrębną kategorią prawną od interesu w uzyskaniu zamówienia, którym musi się legitymować wnoszący odwołanie lub skargę (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Na tej zasadzie, opisany powyżej interes Konsorcjum MCE-Babcock-BHR jest interesem w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego. Konsorcjum MCE-Babcock-BHR zauważało ponadto, iż jedynie na obecnym etapie postępowania poszczególni wykonawcy mogą skutecznie podnosić zarzuty względem oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez Zamawiającego. Przesądza to o konieczności zapewnienia rzeczywistej ochrony interesów wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (tak wyrok KIO z 6 maja 2011 r. sygn. akt KIO 840/11, KIO 841/11, KIO 848/11), w tym Konsorcjum MCE-Babcock-BHR do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Co do zarzutów merytorycznych Konsorcjum MCE-Babcock-BHR zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zastrzegało sobie odniesienia się przed zamknięciem rozprawy do twierdzeń co do stanu faktycznego i argumentów prawnych podniesionych w odwołaniu oraz przedłożenia stosownych dowodów wykazujących ich zasadność.

W dniu 5 czerwca 2012 r. Odwołujący wniósł pismo procesowe dotyczące kwestii

interesu Odwołującego do wniesienia odwołania. W piśmie wskazywał, że dnia 18 maja 2012r. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w Postępowaniu. W odwołaniu Odwołujący oświadczył, że

19

posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w przypadku, gdyby Zamawiający należycie dokonał czynności badania i oceny wniosków, wniosek Konsorcjum Abener nie zostałby sklasyfikowany w pierwszej piątce, w rankingu wniosków, lecz to Odwołujący oraz pozostali wykonawcy, zaproszeni już do udziału w Postępowaniu, zostaliby sklasyfikowani na pierwszych pięciu miejscach rankingu wniosków. Odwołujący zastrzegając, że w odniesieniu do ilości punktów przyznanych wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego: General Electric International Inc., Iberdrola Engineering and Construction Poland Sp. z o.o., Iberdrola Ingeniería y Construcción S.A.U. (dalej „Konsorcjum GE-Iberdrola”) oraz przyznanych wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego: Siemens Aktiengesellschaft, Siemens Aktiengesellschaft Oesterreich, (Siemens Polska Sp. z o.o. – dodane przez Izbę) (dalej „Konsorcjum Siemens”), Odwołujący uznał, że Zamawiający niesłusznie zawyżył tym wykonawcom ilość przyznanych punktów. W odniesieniu zaś do ilości punktów przyznanych wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA S.A., ul. Adama Branickiego 15, 02-972 Warszawa, Dragados S.A., Avda. del Camino de Santiago 50, 28050 Madryt, Hiszpania, Duro Felguera S.A., Parque Científico y Tecnológico C/Ada Byron nº90 – 33203 Gijón (Asturias), Hiszpania (dalej „Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera”), Odwołujący uznał, że Zamawiający niesłusznie zaniżył temu wykonawcy ilość przyznanych punktów. Z uwagi jednak na fakt, że uchybienia te nie zmieniają faktu, że wykonawcy Ci powinni byli zostać i zostali zaproszeni do udziału w Postępowaniu, Odwołujący nie podnosił tych zarzutów. Odwołujący uznał bowiem, że nie byłby w stanie wykazać interesu do wnoszenia względem tych wniosków zarzutów, gdyż w końcowym rachunku należnych punktów, ilość zdobytych przez te podmioty punktów potwierdza słuszność zaklasyfikowania tych wykonawców do pierwszej piątki rankingu wniosków. Odwołujący zastrzegając, że Zamawiający niesłusznie zawyżył wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego: INITEC Energia S.A., Control Process S.A., CP Trade Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Control Process-CP Trade-Initec”) ilość przyznanych punktów oraz niesłusznie zaniżył wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego: SCN-Lavalin Polska Sp. z o.o. i SNC-Lavalin Inc. (dalej „Konsorcjum SNC-Lavalin”) ilość przyznanych punktów. Z uwagi jednak na fakt, że uchybienia te nie zmieniają faktu, że wykonawcy Ci nie powinni byli i nie zostali zaproszeni do udziału w Postępowaniu, Odwołujący nie podnosił tych zarzutów. Odwołujący uznał bowiem, że nie byłby w stanie wykazać interesu do wnoszenia względem tych wniosków zarzutów, gdyż w końcowym rachunku należnych punktów, ilość zdobytych przez te podmioty punktów potwierdza słuszność nie zaklasyfikowania tych wykonawców do pierwszej piątki rankingu wniosków. W ocenie Odwołującego, wnioski Konsorcjum Polimex-

20

Mostostal-Ansaldo oraz wykonawców wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego: PBG S.A., Hyundai Engineering Co., Ltd, Daewoo International Corporation (dalej Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo), Konsorcjum MCE-Babcock-BHR oraz Mostostal Warszawa S.A. (dalej „Mostostal”) oraz Rafako S.A. (dalej „Rafako”) zostały przez Zamawiającego należycie zbadane i ocenione i przysługuje tym wykonawcom ilość punktów zgodna z podaną przez Zamawiającego. Natomiast wnioski Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas” oraz wykonawcy Gama Guc Sistemleri Mühendislik Ve Taahhüt A.S. (Gama Power Systems Engineering and Contracting Inc.) (dalej „Gama”) słusznie nie zostały ocenione, z uwagi na konieczność wykluczenia tych wykonawców. Również wniosek Efacec Engenharia e Sistemas S.A. (dalej „Efacec”) słusznie nie został oceniony, z uwagi na nie złożenie przez tego wykonawcę pisemnego wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

Zgodnie z audytem wniosków, wykonanym przez Odwołującego, należyte badanie i ocena wniosków determinują następujący ranking wniosków:

Ranking Wykonawca Warunek Warunek Warunek Suma
określony określony określony punktów
w sekcji w sekcji w sekcji
III.2.3) pkt III.2.3) pkt III.2.3) pkt

1. Konsorcjum 20 pkt 10 pkt 10 pkt **40 pkt**
 Polimex-Mostostal-
 Ansaldo 2. Odwołujący **20 10 0 30 pkt**
3. Konsorcjum Siemens 18pkt 2pkt 9pkt **29pkt**
3. Konsorcjum GE- 10pkt 3pkt 10pkt **29pkt**
 Iberdrola
5. Konsorcjum Pol- 20pkt 0pkt 1pkt **21pkt**
 Aqua-Dragados-
 Duro Felguera

21

6. Konsorcjum 12pkt 0pkt 0pkt **12pkt**
 SNC-Lavalin
7. Konsorcjum PBG- 8pkt 0pkt 0pkt **8pkt**
 Hyundai-Daewoo
8. Konsorcjum Control 4pkt 0pkt 0pkt **4pkt**
 Process-CP Trade-
 Initec 9. Rafako 0pkt 0pkt 0pkt **0pkt**
9. Konsorcjum MCE- 0pkt 0pkt 0pkt **0pkt**
 Babcock-BHR
- 9 Mostostal 0pkt 0pkt 0pkt **0pkt**
9. Konsorcjum 0pkt 0pkt 0pkt 0pkt
 Abener
- Gama 0 0 0 **Nie**

oceniany

- Efacec 0 0 0 **Nie**

oceniany

- Konsorcjum 10 0 0 **Nie**
 Stalbud **oceniany**
 Tarnów-
 Tecnicas
 Reunidas

Odwołujący przedstawiał też własną szczegółową analizę poszczególnych wniosków, z podziałem na wykazane doświadczenie oraz oceną, czy spełnienie danego warunku zostało należycie wykazane oraz przesłankami, jakie zdaniem Odwołującego decydowały o spełnieniu warunku oraz przyznaniu lub odmowie przyznania punktacji. Z przedstawionego

22

zestawienia wynikało, że Odwołujący plasuje się na drugiej pozycji w rankingu wniosków, zatem posiada interes do składania środków ochrony prawnej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 6 czerwca 2012 r.), w której wnosił o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu Zamawiający zauważał, iż swoją argumentację Odwołujący zaczyna od analizy zapisów Ogłoszenia o przedmiotowym

zamówieniu wskazując, iż w jego treści Zamawiający nie zastrzegł, iż *udostępnione przez spółkę ze własnej grupy referencje nie będą uwzględniane przy ocenie zdobytych punktów*. W związku z powyższym domaga się uwzględnienia wszystkich wskazanych przez Odwołującego zamówień przy ustalaniu rankingu, tj. udostępnionych zadań spółek z tej samej grupy ALSTOM (Switzerland) Ltd. oraz ALSTOM Power O & M Ltd. Wg Odwołującego wyliczenie przez Zamawiającego punktacji nastąpiło w *szczególny sposób*, który wynika z *dostosowywania metody kalkulacyjnej do preferowanej przez Zamawiającego listy rankingowej*.

Zamawiający nie zgadzał się z przedstawionymi zarzutami. Zamawiający, przygotowując zapisy Ogłoszenia o zamówieniu, kierował się, tak jak i później na etapie badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tym samym stanowiskiem i rozumieniem przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego, z literalnej a także celowościowej wykładni tego przepisu jasno wynika, iż zasoby udostępnione wykonawcy przez inne podmioty mogą służyć jedynie do oceny spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, których spełnienie jest niezbędne, aby wykonawca nie został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Potwierdza to także szersza analiza przepisów prawa, z której wynika, iż:

1. Regułą (zasadą) zarówno w prawie europejskim (dyrektywy) jak i w prawie krajowym (ustawa Pzp) jest, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy posiadający określone, niezbędne doświadczenie (art. 48 ust. 2 dyrektywy, art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).
2. Odstępstwem od tej zasady - zarówno w prawie europejskim (dyrektywy) jak i w prawie krajowym (ustawa Pzp) - jest dopuszczenie możliwości wykazywania „posiadania niezbędnego doświadczenia” poprzez możliwość korzystania z niezbędnego doświadczenia innych podmiotów, jeżeli wykonawca będzie mógł nimi dysponować w trakcie realizacji zamówienia (art. 48 ust. 3 dyrektywy, art. 26 ust. 2b ustawy Pzp).

23

-
3. Zarówno w prawie europejskim (dyrektywy) jak i w prawie krajowym (ustawa Pzp) możliwość korzystania z doświadczenia - będącego w posiadaniu

jest innego podmiotu -

ograniczone jest tylko do doświadczenia niezbędnego. Nie

też chyba spornym, iż *niezbędne doświadczenie* to doświadczenie *wymagane, konieczne, nieodzowne*; doświadczenie, bez posiadania którego, czy też bez prawa do dysponowania takim doświadczeniem - wykonawca zostaje wykluczony z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp), na takim etapie, że jego wniosek nie będzie podlegał już dalszej ocenie.

Jeżeli zaś prawo wskazuje na możliwość posiłkowania się zasobami innego podmiotu tylko w zakresie niezbędnym, to w odniesieniu do tego, co przekracza zakres czy też poziom „niezbędnego doświadczenia” - przepisy art. 48 ust. 3 dyrektywy i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - zasoby innego podmiotu nie mają zastosowania. To logiczna i uprawniona teza wynikająca wprost z powołanych wyżej przepisów prawa.

Potwierdza ją także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Jako pierwszy należy wskazać wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11) opisywany w Rzeczpospolitej z dnia 24.11.2011 r., który zapadł w czasie gdy przygotowywane było ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu. Istota opisanego wyżej stanowiska, w powołanym wyroku została ujęta następująco:

Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pzp, dopuszczając możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, stanowi wyjątek od reguły wykazania przez samego wykonawcę potencjału i zdolności w zakresie wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym, niezbędnego do realizacji zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu podmiot trzeci udostępnia zasoby "niezbędne" do realizacji zamówienia, czyli takie bez których realizacja zamówienia nie jest możliwa. Zatem należy

przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyżej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert czyli do tzw. "zawyżania punktacji".

Odmienne interpretacja i dopuszczenie możliwości "użyczania" sobie wzajemnie zasobów przez wykonawców jedynie dla "zawyżenia punktacji" i wyeliminowania konkurencji, mogłaby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa przepis art. 26 ust. 2 b, a jest nim zwiększenie konkurencyjności podmiotów, biorących udział

24

w postępowaniu przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba popiera w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 5 listopada 2010 roku Sygn. akt KIO 2287/10 i Sygn. akt KIO 2307/10, który został potwierdzony wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 roku, Sygn. akt V CA 3036/10.

Jak jednak wynika z zacytowanej treści powołanego wyżej orzeczenia, takie stanowisko zostało wyrażone także we wcześniejszym wyroku KIO z dnia 5 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2287/10 i sygn. akt KIO 2307/10) i co istotne, potwierdzone wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r. (sygn. akt V CA 3036/10). Sąd oddalił skargę i stwierdził w uzasadnieniu: *należy w całości podzielić argumentację zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia.*

Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO 232/12, KIO 243/12) zawiera szczególnie obszerną, kompleksową i wyczerpującą argumentację, która w pełni potwierdza prawidłowość działań Zamawiającego. Ze względu na objętość tej argumentacji, Zamawiający przytacza jedynie niektóre jej fragmenty:

Izba uznała, iż stanowisko Zamawiającego uznające, iż z zasobów podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp korzystać można wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych następnie do złożenia ofert, uznać należy za słuszne.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji 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 wykonywaniu zamówienia. Tym samym art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego koniecznością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu, gdzie dwukrotnie akcentuje się niezbędny charakter udostępnianych zasobów na potrzeby

25

realizacji zamówienia. W ocenie Izby zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia, jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia, a o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. (...)

W ocenie Izby także wykładnia systematyczna przemawia za przyjęciem powyższego stanowiska. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje się bowiem w Rozdziale I Działu II ustawy Pzp, tj. w tym samym Rozdziale, co przepisy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z wykładni systematycznej wysnuć można zatem zasadny wniosek, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie do warunków udziału w postępowaniu, tj. minimalnych wymogów, jakie musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast nie ma zastosowania do przewidzianych w art. 51 ust. 2 ustawy Pzp ocen spełniania warunków

udziału w postępowaniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11: "Niewątpliwym jest, iż art. 26 ust. 2b ustawy Pzp daje wykonawcy możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu także poprzez poleganie "na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków (...)" . Celem tego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, który dopuszcza poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Przepis ten wprowadzono bowiem jako szczególną regulację umożliwiającą wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu - i z tą sytuacją samodzielnego niespełnienia warunku powiązaną - ubieganie się o zamówienie, jeśli w sposób opisany w tym przepisie udowodni, że odpowiednimi zasobami w momencie realizacji zamówienia będzie dysponował jak własnymi. Skorzystanie z potencjału podmiotów trzecich jest więc możliwe wyłącznie w ściśle określonym celu, a mianowicie dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu".

Zamawiający zauważał, iż co istotne, w wyroku tym Izba odniosła się także wprost do zarzutu, iż Zamawiający nie określił w ogłoszeniu o zamówieniu, że nie będzie uwzględniał udostępnionych zamówień, co podnosi także Odwołujący.

Co do podnoszonych w odwołaniu okoliczności, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu nie ograniczył w żadnym stopniu możliwości powoływania się na zasoby

26

podmiotów trzecich, co skutkuje tym iż na etapie oceny wniosków nie jest już uprawniony do zmian w tym zakresie, stwierdzić należy, co następuje. Zdaniem Izby okoliczność, czy Zamawiający zawarł taki opis w treści ogłoszenia o zamówieniu, nie może mieć walu przesądzającego o zasadach, wedle których dokonuje on następnie oceny wniosków. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie ma charakteru dyspozytywnego i zakres jego zastosowania nie zależy od decyzji Zamawiającego ujawnionej w treści ogłoszenia. Tym samym niewskazanie w treści ogłoszenia o zamówieniu, iż na potrzeby punktacji Zamawiający uwzględni będzie wyłącznie doświadczenie własne, nie skutkuje niedopuszczalnością takiej oceny przez Zamawiającego, skoro znajduje ona bezpośrednie oparcie w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W swoich zarzutach Odwołujący podkreślał fakt, iż podmioty udostępniające mu zasób wiedzy i doświadczenia są z nim w jednej grupie. Jednak wyraźnie podkreślić należy, iż przepisy prawa nie kształtują żadnej różnicy ze względu na to, czy inny podmiot jest podmiotem zupełnie niezwiązanym z wykonawcą czy podmiot ten należy do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca. Wynika to z samego przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (czy art. 48 ust. 3 dyrektywy), który stanowi: (...) *niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań* (...). W przypadku udostępnienia zasobów żadnego znaczenia nie ma stopień powiązania podmiotów, które pozostają przecież oddzielnymi osobami prawnymi. Na nieistotność powiązań podmiotów udostępniających zasoby i wykonawców wskazuje pośrednio orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (C-126/03), w którym stwierdzono: (...) *prawdą jest, iż w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia*. Fakt, że tzw. podmiot trzeci jest podmiotem z tej samej grupy co wykonawca, może jedynie pozytywnie wpłynąć na dowodzenie realności dostępności użyczanych zasobów. Zamawiający nie ma wątpliwości, iż udostępnienie wiedzy i doświadczenia Odwołującemu przez podmioty z tej samej grupy jest rzetelne i wiarygodne oraz nie ma nic wspólnego z kupieniem referencjami, czy zawiązywaniem spółdzielni. Niemniej udostępnienie to musi być traktowane tak samo jak w przypadku użyczenia zasobów pomiędzy pośrednio związanymi ze sobą podmiotami.

Jak wynika z powyższej argumentacji, także zarzut naruszenia art. 5 k.c. jest zupełnie bezpodstawny. Zamawiający nie czynił użytku ze swego prawa w sposób sprzeczny z

zasadami współzycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa. Działal w zgodzie z przepisami prawa, co wykazał w niniejszym uzasadnieniu.

Tak więc Zamawiający słusznie traktował Odwołującego dokładnie tak samo, jak innych Wykonawców, którzy posługiwali się udostępnionymi zasobami, tzn. nie przyznał za użyczone zamówienia żadnych punktów, uwzględnił je tylko dla stwierdzenia, że dany Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 26 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający wskazuje również, że bezpodstawny jest także zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący sformułował także zarzut naruszenia art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Konsorcjum Abener winno znaleźć się w pierwszej piątce Wykonawców, którzy uzyskali największą ilość punktów w rankingu wniosków, jednak całkowicie pominął go w swojej argumentacji. Tym samym zarzut ten należy uznać za całkowicie nieuzasadniony.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację zdaniem Zamawiającego należy uznać, iż zarzuty podniesione przez Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

Przystępujący Konsorcjum MCE-Babcock-BHR wniósł pismo procesowe (pismo z dnia 6 czerwca 2012 r.). Podtrzymał zawarty w piśmie z dnia 24 maja 2012 r. (przystąpienie do postępowania) wniosek o uwzględnienie odwołania w całości oraz dodatkowo podnosił, co następuje:

I. Zakres normy art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp

Ustawodawca wprowadzając w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp możliwość posługiwania się zasobami podmiotu trzeciego przy wykazywaniu się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu nie rozgraniczył przy tym potwierdzania spełnienia warunków na poziomie minimalnym od warunków punktowanych. Skoro brak takiego rozróżnienia także w art. 57 ust. 1-4 ustawy Pzp nie należy wyłączać dopuszczalności posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego do podwyższenia oceny doświadczenia danego wykonawcy. Brak również w ustawie zakazu posługiwania się doświadczeniem tego samego podmiotu trzeciego przez więcej niż jednego wykonawcę składającego wniosek (tak wyrok KIO z dnia 5 marca 2012 r., KIO 223/12; KIO 248/12; KIO 261/12).

Przystępujący w pełni podzielał pogląd zaprezentowany w wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2011 r. o sygn. akt. KIO 2816/10, KIO 14/11 w którym stwierdzono: "Zgodnie z art.

26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, o ile udowodni zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ja wynika z przedstawionego unormowania brak jest podstaw do formułowania tezy, iż wykonawcom wolno korzystać z potencjału podmiotu trzeciego tylko dla wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a już nie - dla uzyskania punktów w wyniku oceny spełniania warunku, który jest ustalony jako graniczny. Stopień spełnienia warunków ma znaczenie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert, które to jest celem wykonawcy składającego wniosek. Dyrektywy wykładni językowej prowadzi do wniosku, iż wykonawca może posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego (polegać na jego wiedzy, doświadczeniu itp.) nie tylko dla wykazania spełniania warunków minimalnych, ale i uzyskania lepszej pozycji w rankingu wniosków. Obowiązek udowodnienia dysponowania danym zasobem obejmuje bowiem co najmniej zakres niezbędny do realizacji zamówienia (warunki minimalne). Nie oznacza to jednak, iż z normy tej wynika zakaz posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego w celu uzyskania większej liczby punktów, w szczególności że dopiero odpowiednie miejsce w rankingu gwarantuje kwalifikację do drugiego etapu postępowania. Także wykładnia celowościowa wskazuje na interpretację powołanego przepisu zaprezentowaną przez Izbę. Przepis art. 26 ust. 2b Pzp. prowadzić miał do zwiększenia konkurencyjności postępowań - tym czasem jego rozumienie przyjęte przez zamawiającego w sposób nieuprawniony prowadzi do wyeliminowania

możliwości uzyskania zamówienia przez podmiot, który dysponuje np. większym doświadczeniem (choć udostępnionym przez osobę trzecią), niż podmiot o mniejszym potencjale, ale własnym. Celem dokonywania oceny spełniania warunków udziału w przetargu ograniczonym jest wybór grupy najlepszych wykonawców (spełniających badany warunek w najwyższym stopniu). Przedstawiona przez zamawiającego wykładnia komentowanego przepisu nie daje się zatem pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem prowadzić może do zakwalifikowania do drugiego etapu postępowania wykonawcy dysponującego mniejszym potencjałem (choć własnym) niż wykonawca polegający (w pełnym lub ograniczonym zakresie) na zasobach podmiotu trzeciego".

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że zarówno zasoby, którymi wykonawca dysponuje bezpośrednio, jak i zasoby innego podmiotu, powinny być jednakowo brane pod uwagę zarówno przy ocenie minimalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i przy najwyższej ocenie stopnia spełniania tych warunków.

29

II. Prounijna wykładnia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp

Odnosząc się do rozpoznawanej kwestii z uwzględnieniem przepisów dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114-240; Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom 07 str. 132-262) zwanej dalej "dyrektywą klasyczną", należy też wskazać na zakres uregulowania omawianego zagadnienia tj. art. 47 i 48 dyrektywy. Implementowane przepisy dyrektywy ustawodawca krajowy umieścił w Pzp w Dziale II "Postępowanie o udzielenie zamówienia" w rozdziale 1 "Zamawiający i wykonawcy". Zatem należy uznać, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ma zastosowanie nie tylko wyłącznie w przypadku kwalifikacji podmiotowej polegającej na wykazaniu minimalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również przy wykazywaniu najwyższej oceny spełniania tych warunków

III. Wykładnia celowościowa przepisu art. 26 ust. 2b Pzp

Wprowadzenie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp prowadzić miało do zwiększenia konkurencyjności postępowań - tymczasem jego rozumienie przyjęte przez Zamawiającego w sposób nieuprawniony prowadzi do wyeliminowania możliwości uzyskania zamówienia przez podmiot, który dysponuje np. większym doświadczeniem (choć udostępnionym przez osobę trzecią), niż podmiot o mniejszym potencjale, ale własnym. Celem dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem jest wybór grupy najlepszych wykonawców (spełniających badany warunek w najwyższym stopniu). W opinii Przystępującego, przedstawiona przez Zamawiającego wykładnia komentowanego przepisu nie daje się pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem prowadzić może do zakwalifikowania do drugiego etapu postępowania wykonawcy dysponującego mniejszym potencjałem (choć własnym) niż wykonawca polegający (w pełnym lub ograniczonym zakresie) na zasobach podmiotu trzeciego (tak również KIO w wyroku z 6 lutego 2012 r., sygn. KIO 133/12). Wskazywał, że podobnie orzekła Izba w wyroku z dnia 19 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/1400/10, KIO/1401/10: „Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, który wywodził na rozprawie, iż przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie jest dozwolone powołanie się na doświadczenie innego podmiotu, jeżeli miałoby służyć wyłącznie otrzymaniu większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców. W celu udowodnienia swojego stanowiska (odwołujący) powołał się na przedłożone na rozprawie w poczet

30

(art. 26 ust. 2 b ustawy) " oraz "Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego." Izba wyraża opinię, iż podstawą działania zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, są obowiązujące przepisy. Opinia nie stanowi więc dowodu, co do treści prawa, lecz zawiera jego niewiążącą interpretację. Zdaniem Izby jednak także zaprezentowane przez odwołującego Incom opinie nie zawierają poglądów, na które się on powołuje. Izba uwzględniając treść art. 26 ust. 2 b ustawy stwierdziła, iż zastosowanie tego przepisu nie jest ograniczone do sytuacji, gdy wykonawca chce wykazać spełnianie minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Takie rozumienie przywołanego przepisu stałoby w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem, prowadzić by także mogło w konsekwencji to sytuacji, w której wykonawcy powołujący się wyłącznie na zasoby podmiotów trzecich, byłiby uprzywilejowani w stosunku do tych, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu, ale przewidują udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (przedstawiają np. odpowiednie zobowiązanie tego podmiotu) i w konsekwencji powołują się na doświadczenie tego podmiotu (załączają referencje dotyczące zrealizowanego przez niego zamówienia oraz zawierają w wykazie zrealizowane przez podmiot trzeci dostawy). Ustawa nie zawiera postanowień, które uniemożliwiłyby wykonawcom samodzielnie wykazującym spełnienie warunku udziału w postępowaniu, realizację zamówienia z udziałem podmiotu trzeciego. Podkreślić trzeba, iż proponowanemu przez odwołującego rozumieniu omawianego przepisu sprzeciwia się także brzmienie art. 51 ust. 2 PZP ustawy, który wprost wskazuje, że do składania ofert zamawiający zaprasza wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków, zatem kwalifikacja odbywa się także na podstawie analizy spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Nie muszą to być te same warunki, które służą weryfikacji minimalnej zdolności do realizacji zamówienia, jednak ustawodawca nie rozróżnia tych sytuacji traktując je na gruncie m.in. art. 26 ust. 2b jednakowo." (podobne stanowisko Izba zajęła również m.in. w wyroku z dnia 26.07.2010 r., sygn. akt KIO 1452/10, KIO 1453/10, KIO 1454/10; w wyroku KIO z dnia 20.09.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1918/10; w wyroku KIO z 1.09.2011 r., sygn. akt. KIO 1730/11). Powtarzając za wyrokiem z dnia 10 czerwca 2011 r. sygn. akt: KIO 1099/11, że: „Przepis art. 26 ust 2b nie różnicuje pozycji wykonawców w postępowaniu ze względu na podstawę wykazywanego przez wykonawców doświadczenia. W szczególności nie wskazuje, że skorzystanie przez wykonawcę z zasobów należących do innego podmiotu nie jest możliwe w celu wykazania doświadczenia potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który jest dodatkowo punktowany w ramach oceny

31

spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Przeciwny pogląd prowadziłby de facto do dyskryminacji wykonawców, którzy dysponując potencjałem udostępnionym przez podmioty trzecie, zgodnie z art. 26 ust. 2b w postępowaniu prowadzonym w trybie ograniczonym, w którym kwalifikacja wykonawców następuje na podstawie dodatkowych kryteriów, wistocie nie mieliby oni realnej możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Pozycja takich wykonawców w postępowaniu stanowiłaby wyraz naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 PZP zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż przepis art. 26 ust. 2b PZP umożliwia wykonawcy posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie wiedzy i doświadczenia..." należy stwierdzić, że Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, w szczególności przedkładając w tym celu pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu tego zamówienia.

Podsumowując, w opinii Konsorcjum MCE-Babcock-BHR Zamawiający naruszył powołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp, a zaskarżona czynność narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniają wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu. Uzasadnia to uwzględnienie wniosków zawartych w odwołaniu.

KIO 1034/12

W dniu 21 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Konsorcjum SNC - Lavalin Polska Sp. z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa, SNC-Lavalin Inc., 455 Rene-levesque Bled west, Montreal, QC H2Z1Z3 Kanada (dalej "Konsorcjum SNC - Lavalin" lub "Odwołujący") wobec następujących czynności

Zamawiającego w Postępowaniu:

- dokonania oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Odwołującego;
 - dokonania czynności oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Konsorcjum Abener;
 - sporządzenia klasyfikacji i rankingu wykonawców pod względem spełniania warunków udziału w Postępowaniu i wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.
- Odwołujący podnosił następujące zarzuty w stosunku do powyższych czynności:

32

1. Dokonanie błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonego przez Odwołującego polegającej na nieprzyznaniu Odwołującemu żadnego punktu z tytułu spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3 Ogłoszenia, i sklasyfikowania Odwołującego na ósmej pozycji w rankingu wykonawców oraz odmowy zaproszenia Odwołującego do udziału w postępowaniu i złożenia oferty wstępnej, podczas gdy Odwołujący wykazał się spełnieniem warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w sekcji III.2.3. Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie uprawniającym go do uzyskania maksymalnej liczby punktów to jest 40 i zaklasyfikowania się do dalszego udziału w postępowaniu.
Zamawiający dokonał błędnej oceny wniosku wskutek:
 - a) wadliwej interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i uznania, że przepis ten nie dopuszcza posłużenia się przez Odwołującego zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie na zasadach w nim określonych w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku, gdy miałyby to skutkować uzyskaniem wyższej punktacji przy ocenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a tym samym zwiększeniu szans wykonawcy w uzyskaniu zaproszenia do złożenia oferty;
 - b) zastosowania do oceny wniosku kryteriów punktacji innych niż określone w Ogłoszeniu o zamówieniu;
 - c) wadliwej interpretacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i uznanie, że przepis ten nie dopuszcza możliwości uzupełnienia dokumentów i oświadczeń wniosku w zakresie, w jakim odnoszą się one do spełnienia warunków wpływających na miejsce w rankingu wykonawców i zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie;
 - d) zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Tym samym Zamawiający naruszył art. 26 ust. 2 b w związku z art. 57 ust. 1 i 3 oraz, art. 26 ust. 3 i 4 w związku z art. 57 ust. 1 i 3 a także art. art. 57 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp.

2. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez różne traktowanie wykonawców legitymujących się własnymi zasobami w zakresie zdolności technicznej oraz wykonawców legitymujących się udostępnionymi

33

zasobami zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz poprzez przyjęcie na etapie oceny wniosków o udział w postępowaniu dowolnych kryteriów punktacji, innych niż te wskazane w Ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 3 i art. 57 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

3. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy ocenie wniosku Konsorcjum Abener, poprzez przyznanie punktów za zamówienia nie kwalifikujące się jako zamówienia o których mowa w sekcji III.2.3 pkt 1 ppkt a) oraz przyznania punktów za zamówienia, które obarczone były brakami formalnymi. Tym samym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 57 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący żądał uwzględnienia odwołania, i nakazania Zamawiającemu:

- powtórzenia czynności oceny wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie spełnienia warunku zdolności technicznej, określonego w sekcji III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu, przy czym przy ocenie wniosku Odwołującego

uwzględnienia wszystkich zamówień wskazanych w wykazie zamówień, o którym mowa w sekcji III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu i przyznanie im punktacji zgodnie z zasadami określonymi w sekcji VI.3.2 Ogłoszenia o zamówieniu, a w przypadku uznania, że wniosek Odwołującego w zakresie spełnienia powyższego warunku zdolności technicznej zawiera braki lub niejasności, wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie o jakim mowa w sekcji III.2.3 oraz VI.3.1 Ogłoszenia o zamówieniu na podstawie art. 26 ust. 3 bądź do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp,

- powtórzenia czynności oceny wniosku Konsorcjum Abener i pominięcia w punktacji zamówień tych zamówień, które nie są zgodne z treścią Ogłoszenia o zamówieniu, oraz ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Abener do uzupełnienia wniosku poprzez złożenie stosownych dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 jeśli braki o których mowa w tym przepisie Zamawiający stwierdził we wniosku Konsorcjum Abener oraz złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów dotyczących spełnienia warunku o którym mowa w sekcji III 2) 3. 1 a), w przypadku gdy wykaz i towarzyszące dokumenty wymagałyby wyjaśnienia;
- ustalenia rankingu wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, uwzględniającego prawidłowo przeprowadzoną punktację.

34

Ponadto Odwołujący wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w szczególności kwoty wpisu od odwołania.

Odwołujący wskazywał, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący złożył wniosek o udział w postępowaniu. Wskutek błędnej oceny wniosku i wadliwej oceny jego zdolności technicznej, o czym mowa w zarzucie 1 nie otrzymał żadnego punktu, co wykluczyło go z dalszego udziału w postępowaniu. Tym samym Odwołujący został pozbawiony możliwości złożenia oferty w niniejszym Postępowaniu i dalszego ubiegania się o udzielenie zamówienia, pomimo złożenia prawidłowego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający Ogłoszeniu o zamówieniu. W tej sytuacji szkoda Odwołującego polega na braku możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Prawidłowa ocena wniosków i prawidłowe przydzielenie punktów uprawnia Odwołującego do uzyskania 40 punktów, co plasowałoby go na pozycji umożliwiającej udział w Postępowaniu. W przypadku gdyby wskutek odwołań pozostałych wykonawców Zamawiający zmuszony był do oceny zdolności technicznej w oparciu o sumę mocy elektrycznej bloków i turbin, także w tym wypadku wartość mocy elektrycznej bloków i turbin zawartych w wykazach Odwołującego w stosunku do mocy bloków i turbin pozostałych wykonawców, pozwalałaby Odwołującemu wziąć udział w postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał.

Zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu (Seksja III.2.3) warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie się przez wykonawców zdolnością techniczną polegającą na zrealizowaniu określonych w ogłoszeniu zamówień. Celem potwierdzenia zrealizowania w/w zamówień, Zamawiający wymagał przedłożenia ich wykazu z podaniem danych wykonawcy, zamawiającego oraz samego przedsięwzięcia (Seksja III.2.3-str. 7 i 8 Ogłoszenia o zamówieniu). Zamawiający wskazał (pkt VI.3.1 Ogłoszenia o zamówieniu), że Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Zamawiający w dalszej części Sekcji VI.3 określił, w jaki sposób wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, że podmiot, o którym mowa wyżej będzie uczestniczył w zamówieniu i jakie dokumenty Wykonawca powinien dołączyć w związku z tym do wniosku. W punkcie 3.2 Sekcji VI postanowiono, że do składania ofert zaproszonych zostanie jedynie 5 Wykonawców, którzy spełnią wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli liczba Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5 (pięć), to do udziału w postępowaniu zostanie

35

zaproszonych 5 (pięciu) Wykonawców, którzy uzyskają najwyższe oceny za spełnienie warunku zdolności technicznej określonej w Sekcji III.2.3. niniejszego Ogłoszenia, tj.:

— za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3 pkt 1 ppkt a) - 2 (dwa) punkty, jednak nie więcej niż 20 punktów,

— za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3 pkt 2 ppkt a) - 1 (jeden) punkt, jednak nie więcej niż 10 punktów,

— za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3 pkt 2 ppkt b) - 1 (jeden) punkt, jednak nie więcej niż 10 punktów.

W przypadku wskazania jednego obiektu referencyjnego spełniającego łącznie wymagania określone w sekcji III.2.3 pkt 1 ppkt a) oraz 2 ppkt a) Wykonawcy zostaną przyznane 2 (dwa) punkty.

Jeżeli liczba Wykonawców, którzy otrzymali punkty wg powyższej zasady nie pozwoli wyłonić spośród nich 5 (pięciu) Wykonawców, to Zamawiający ustali kolejność na liście rankingowej w ten sposób, że o pozycji na tej liście zdecyduje większa suma mocy elektrycznej bloków i turbin. W przypadku, gdy po dokonanej kwalifikacji, na ostatnim (piątym) miejscu kwalifikującym Wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu znajdzie się więcej niż 1 (jeden) Wykonawca, Zamawiający zakwalifikuje do udziału w postępowaniu wszystkich Wykonawców, którzy znajdują się na tym miejscu.

Odwołujący złożył wniosek o udział w postępowaniu i celem udowodnienia swojej zdolności technicznej do realizacji zamówienia przedłożył następujące dokumenty:

- wykaz zamówień w zakresie bloku parowo-gazowego (punkt III.2.3 pkt 1 ppkt a) – 12 zamówień wykonanych przez General Electric International Inc, 1 zamówienie wykonane przez Siemens AG, 19 zamówień wykonanych przez SNC Lavalin Constructors Inc wraz z wymaganymi danymi, z oświadczeniami podmiotów trzecich o udostępnieniu zasobów, referencjami i dokumentami dotyczącymi podmiotów trzecich (strona 473 i nast., 837 i nast., 900 i nast., 983 i nast. wniosku)

- wykaz zamówień w zakresie dostawy i serwisowania turbiny gazowej (punkt III.2.3 pkt 2 ppkt a) - 10 zamówień wykonanych przez General Electric International Inc, 28 zamówień wykonanych przez Siemens AB wraz z wymaganymi danymi, z oświadczeniami podmiotów trzecich o udostępnieniu zasobów, referencjami i dokumentami dotyczącymi podmiotów trzecich (strona 533 i nast., 900 i nast., 983 i nast. wniosku)

36

- wykaz zamówień w zakresie wieloletniej umowy serwisowej - 16 zamówień wykonanych przez Siemens AG wraz z wymaganymi danymi, z oświadczeniami podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów, referencjami i dokumentami dotyczącymi podmiotu trzeciego (strona 430 i nast., 900 i nast. wniosku).

W trakcie postępowania Odwołujący się został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia wniosku jedynie w zakresie dokumentów potwierdzających niezaleganie z uiszczaniem podatków oraz do wyjaśnienia dokumentów dotyczących sprawozdań finansowych. Odwołujący dokumenty i wyjaśnienia złożył w sposób satysfakcjonujący, co nie jest okolicznością sporną.

W dniu 10 maja 2012 roku Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu ocen wniosków i o wynikach oceny. Odwołujący nie został wykluczony z Postępowania, ale nie uzyskał żadnego punktu z tytułu spełnienia warunku określonego w sekcji III.2.3. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego poza udostępnieniem protokołu wraz z wszystkimi wnioskami o udział w Postępowaniu i załącznikami, o uzasadnienie oceny wniosków. Odwołujący otrzymał w odpowiedzi:

- „Raport Doradcy Technicznego dla Komisji Przetargowej przy PGE GiEK dotyczący oceny wniosków złożonych przez wykonawców w postępowaniu „Budowa nowego bloku gazowo-parowego w PGE GiEK SA Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz” (dalej "Raport")
- opinię sporządzoną przez p. Dariusza Koba z Centrum Zamówień Publicznych sp. z o.o. (dalej "Opinia")
- dokument zat. „Wniosek nr 4. Badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy: konsorcjum firm SNC Lavalin Polska sp. z o.o. i SNC Lavalin INC", (dalej "Badanie").

Dokumenty te Odwołujący uznawał jako uzasadnienie oceny wniosków. Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania w tym dokumentów wskazanych w

treści uzasadnienia, na okoliczności w nim wskazane.

Uzasadnienie zarzutów: Ad 1.a)

Z dokumentów przekazanych Odwołującemu przez Zamawiającego w uzasadnieniu oceny wniosków wynika, że „wniosek zawiera wystarczające informacje dla zakwalifikowania Wykonawcy do dalszego postępowania, czyli przyjęto w raporcie referencje dla rankingu: 0

37

własnych BGP, ale występuje 10 BGP jako podwykonawcze referencje 0 własnych TG, ale występuje ponad 10 TG jako podwykonawcze referencje 0 własnych LTSA ale występuje ponad 9 LTSA jako podwykonawcze referencje. Przyjęta zasada: występuje się o uzupełnienie dla spełnienia wymagań Ogłoszenia o zamówieniu, nie występuje się o uzupełnienia dla potrzeb rankingu Wniosków." (strona 29 Badania). Na podstawie tego stwierdzenia, Zamawiający, pomimo, że przy poszczególnych zamówieniach popełnił adnotacje, co do prawdopodobnych (jego zdaniem) braków w dokumentowaniu zamówień, jednak nie zażądał uzupełnień i wyjaśnień. Pomimo takiej konstatacji, Zamawiający nie zaliczył do rankingu Odwołującemu nawet tych zamówień, które wg niego nie posiadały braków. Powodem takiego rozstrzygnięcia wydaje się być stanowisko zawarte w Opinii. Wg Opinii „możliwość korzystania z doświadczenia – będącego w posiadaniu innego podmiotu – ograniczone jest tylko do doświadczenia niezbędnego." I: „(...) jeżeli prawo wskazuje na możliwość posiłkowania się zasobami innego podmiotu tylko w zakresie niezbędnym to w odniesieniu do tego, co przekracza zakres czy też poziom niezbędnego doświadczenia – przepis art. 48 ust. 3 dyrektywy i art. 26 ust. 2 b ustawy nie mają zastosowania" (str. 3 Opinii). Z tego wynika, że Zamawiający odmówił w niniejszym Postępowaniu punktowania zamówień, które nie są zamówieniami wykonanymi przez Odwołującego, a przez podmioty, które udostępniły Odwołującemu swoje zasoby wiedzy, doświadczenia i zdolności technicznej i zobowiązały się wziąć udział w zamówieniu. Odwołujący nie zgadzał się z takim stanowiskiem, ponieważ jest ono niezgodne z Ogłoszeniem o zamówieniu oraz obowiązującymi przepisami oraz elementarnymi zasadami prowadzenia zamówień publicznych.

Art. 26 ust. 2b, wbrew temu co twierdzi Zamawiający, nie różnicuje pozycji wykonawców w postępowaniu za względu na podstawę wykazywanego przez wykonawców doświadczenia. W szczególności nie wskazuje, że skorzystanie przez wykonawcę z zasobów należących do innego podmiotu nie jest możliwe w tym celu aby wykazać doświadczenie, które jest punktowane i ma wpływ na ustalenie rankingu wykonawców kwalifikujących się do dalszego etapu postępowania. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w pierwszym zdaniu, które statuuje tę zasadę, brzmi: „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków." W zasadzie tej nie ma mowy ani o minimalnym zakresie zasobów, ani możliwości polegania na zasobach w ograniczeniu do warunków minimalnych ani o niezbędnym doświadczeniu. Wykładnia literalna przepisu, (a więc wykładania, po którą sięgać należy w pierwszej kolejności), nie daje podstaw do twierdzeń, jakimi posłużył się Zamawiający. Przy budowaniu

38

rankingu brany jest pod uwagę wynik spełniania warunków udziału w postępowaniu. Warunki, o których mowa w art. 57 ust. 3 ustawy Pzp to te same warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, do których zastosowanie znajduje art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Są one tożsame z warunkami, które decydują o możliwości udziału w postępowaniu; dowodzone są tymi samymi dokumentami. Podkreślenia wymaga, że w przypadku procedury negocjacji z ogłoszeniem (a także przetargu ograniczonego oraz dialogu konkurencyjnego) dopiero odpowiednie miejsce w rankingu gwarantuje udział w postępowaniu, a niskie miejsce w rankingu skutkuje uznaniem wykonawcy za wykluczonego. Innymi słowy, o ile w pozostałych procedurach o udziale w postępowaniu decyduje spełnienie warunków minimalnych „w ogóle", w procedurach wyżej wymienionych o udziale decyduje spełnienie tych warunków „lepiej" niż pozostali. Jeśli tak, to nie ma żadnego uzasadnienia żeby ogólny przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, mający zastosowanie do wszystkich procedur, nie miał służyć procedurze zakwalifikowywania wykonawców do przetargu.

Także wykładania logiczna przemawia za interpretacją wskazaną przez Odwołującego. Jeśli wykonawca może posłużyć się zasobami innego podmiotu, aby w ogóle móc wziąć udział w przetargu i uzyskać zamówienie, to oznacza, że doświadczenie tego innego podmiotu jest gwarancją prawidłowego wykonania zamówienia. Czym więcej ów trzeci podmiot posiada doświadczenia, popartego rozległymi referencjami, tym większą gwarancję daje na prawidłowe wykonanie zamówienia i dlatego powinien być premiowany. Nie ma znaczenia, że owo doświadczenie i wiedza nie zostały nabyte bezpośrednio przez wykonawcę, jeśli wszystkie podmioty, które stoją za tą wiedzą i doświadczeniem wezmą udział w zamówieniu i jednocześnie wykażą się spełnieniem takich samych warunków formalnych jak wykonawca. Gdyby przyjąć odmienny pogląd, zaistniałaby paradoksalna sytuacja, w której wyżej premiowany byłby wykonawca, który sam wykonał np. jedno zamówienie i jednocześnie korzystał będzie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, który wykonał dwa zamówienia, niż wykonawca, który współpracuje z podmiotem trzecim, który wykonał dziesięć referencyjnych zamówień bądź z dwoma podmiotami trzecimi, którzy posiadają największe doświadczenie na rynku i pochwalic się mogą w sumie kilkudziesięcioma wykonanymi zamówieniami.

Po trzecie, taka wykładnia Zamawiającego stoi wbrew wykładni systemowej, która nakazuje czytać przepisy w kontekście całego systemu regulacji. W tym wypadku, kierunek wykładni nadaje jedna z najważniejszych zasad zamówień publicznych to jest zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Jeśli posłużenie się doświadczeniem podmiotu trzeciego uprawnia teoretycznie wykonawcę do startowania w postępowaniu, w

39

którym udział bierze wielu wykonawców, jednak z uwagi na przyjętą procedurę nie uprawnia go do walki o praktyczny udział w postępowaniu, równa konkurencja na etapie prekwifikacji jest iluzoryczna. W orzecznictwie zwraca się uwagę na fakt, że art. 26 ust. 2 b został wprowadzony do ustawy celem wdrożenia postanowień art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenia konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika z uzasadnienia do nowelizacji ustawy Pzp, wprowadzający art. 26 ust. 2 b. Interpretacja zaprezentowana przez Zamawiającego niweczyłaby ten cel.

Odwołujący podkreślał, że omawiana kwestia była przedmiotem rozlicznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, a stanowisko zaprezentowane w Opinii, jest stanowiskiem odosobnionym. W związku z powyższym zwracamy uwagę na następujące celne wywody KIO (przy czym niektóre z orzeczeń odnoszą się do procedury przetargu ograniczonego, w której istnieje analogiczna konstrukcja prekwifikacji jak w procedurze negocjacji z ogłoszeniem):

Wyrok z dnia 13 stycznia 2011 roku, sygn. akt KIO 2816/10; KIO 14/11:

„Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, o ile udowodni zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jak wynika z przedstawionego unormowania brak jest podstaw do formułowania tezy, iż wykonawcom wolno korzystać z potencjału podmiotu trzeciego tylko dla wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a już nie - dla uzyskania punktów w wyniku oceny spełniania warunku, który jest ustalony jako graniczny. Stopień spełnienia warunków ma znaczenie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert, które to jest celem wykonawcy składającego wniosek. Dyrektywy wykładni językowej prowadzą do wniosku, iż wykonawca może posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego (polegać na jego wiedzy, doświadczeniu itp.) nie tylko dla wykazania spełnienia warunków minimalnych, ale i uzyskania lepszej pozycji w rankingu wniosków. Obowiązek udowodnienia dysponowania danym zasobem obejmuje bowiem co najmniej zakres niezbędny do realizacji zamówienia (warunki minimalne). Nie oznacza to jednak, iż z normy tej wynika zakaz posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego w celu uzyskania większej liczby punktów, w szczególności że dopiero odpowiednie miejsce w rankingu gwarantuje kwalifikację do drugiego etapu postępowania. Także wykładnia celowościowa wskazuje na interpretację powołanego przepisu zaprezentowaną przez Izbę.”

Wyrok z dnia 19 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/1400/10, KIO/1401/10: „Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, który wywodził na rozprawie, iż przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie jest dozwolone powołanie się na doświadczenie innego podmiotu, jeżeli miałoby służyć wyłącznie otrzymaniu większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców. (...) Izba uwzględniając treść art. 26 ust. 2 b ustawy stwierdziła, iż zastosowanie tego przepisu nie jest ograniczone do sytuacji, gdy wykonawca chce wykazać spełnianie minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Takie rozumienie przywołanego przepisu stałoby w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem, prowadzić by także mogło w konsekwencji do sytuacji, w której wykonawcy powołujący się wyłącznie na zasoby podmiotów trzecich, byłiby uprzywilejowani w stosunku do tych, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu, ale przewidują udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (przedstawiają np. odpowiednie zobowiązanie tego podmiotu) i w konsekwencji powołują się na doświadczenie tego podmiotu (załączają referencje dotyczące zrealizowanego przez niego zamówienia oraz zawierają w wykazie zrealizowane przez podmiot trzeci dostawy). Ustawa nie zawiera postanowień, które uniemożliwiłyby wykonawcom samodzielnie wykazującym spełnienie warunku udziału w postępowaniu, realizację zamówienia z udziałem podmiotu trzeciego. Podkreślić trzeba, iż proponowanemu przez odwołującego rozumieniu omawianego przepisu sprzeciwia się także brzmienie art. 51 ust. 2 PZP ustawy, który wprost wskazuje, że do składania ofert zamawiający zaprasza wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków, zatem kwalifikacja odbywa się także na podstawie analizy spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Nie muszą to być te same warunki, które służą weryfikacji minimalnej zdolności do realizacji zamówienia, jednak ustawodawca nie rozróżnia tych sytuacji traktując je na gruncie m.in. art. 26 ust. 2b jednakowo.”

Wyrok z dnia 10 czerwca 2011 r. sygn. akt: KIO 1099/11:

„Przepis art. 26 ust 2b nie różnicuje pozycji wykonawców w postępowaniu ze względu na podstawę wykazywanego przez wykonawców doświadczenia. W szczególności nie wskazuje, że skorzystanie przez wykonawcę z zasobów należących do innego podmiotu nie jest możliwe w celu wykazania doświadczenia potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który jest dodatkowo punktowany w ramach oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Przeciwny pogląd prowadziłby de facto do dyskryminacji wykonawców, którzy dysponując potencjałem udostępnionym przez podmioty trzecie, zgodnie z art. 26 ust. 2b w postępowaniu prowadzonym w trybie ograniczonym, w

41

którym kwalifikacja wykonawców następuje na podstawie dodatkowych kryteriów, w istocie nie mieliby oni realnej możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Pozycja takich wykonawców w postępowaniu stanowiłaby wyraz naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 PZP zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż przepis art. 26 ust. 2b PZP umożliwia wykonawcy posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie wiedzy i doświadczenia.”

Wyrok z dnia 6 lutego 2012 roku, sygn. KIO 133/12:

„W przeświadczeniu Izby, przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b tej ustawy, statuuje równorzędny sposób wykazania warunku wiedzy i doświadczenia zarówno poprzez doświadczenie własne wykonawcy, jak i doświadczenie udostępnione przez podmiot trzeci. Zaś niezbędność, proporcjonalność, adekwatność - ogólnie dotyczy zakresu wymaganych dokumentów, jak również ich treści, także w odniesieniu do samego wykonawcy, o czym stanowi art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, jak i art. 25 ust. 1 tej ustawy. Przepisy art. 51 ust. 1a oraz ust. 2 ustawy Pzp, nie różnicują oceny spełnienia warunków w oddzieleniu na potencjał własny wykonawcy i potencjał udostępniony. Zatem wprowadzanie takiego rozróżnienia, w dodatku na etapie badania wniosków - stanowi naruszenie wymienionych norm, jak i zasad postępowania, w szczególności równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie reguł uczciwej konkurencji.”

Z Opinii wynika, że pogląd swój opiniujący oparł na drugim zdaniu przepisu art. 26 ust. 2 b, który odnosi się do sposobu dowodzenia przez wykonawcę, że podmiot trzeci udostępni mu zasoby. Zdanie drugie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp brzmi: Wykonawca w takiej sytuacji 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. Zdaniem opiniującego z tego zapisu wynika, że możliwość korzystania z doświadczenia - będącego w posiadaniu innego podmiotu - ograniczone jest tylko do doświadczenia niezbędnego. Niezbędne doświadczenie wg Opiniującego to takie, bez którego czy też bez prawa do dysponowania takim doświadczeniem, wykonawca zostaje wykluczony z postępowania.

Konkluzja taka jest błędna. Po pierwsze, sięgając do wykładni literalnej - pierwsze zdanie art. 26 ust. 2 b określa zakres możliwości sięgania po zasoby podmiotu trzeciego. Zdanie drugie stanowi wyłącznie regulację odnoszącą się do sposobu dowodzenia

42

Zamawiającemu warunków korzystania z zasobów podmiotu trzeciego. Jak stwierdziła KIO w cytowanym już wyżej wyroku z dnia 13 stycznia 2011 sygn. akt KIO 2816/10, „Obowiązek udowodnienia dysponowania danym zasobem obejmuje bowiem co najmniej zakres niezbędny do realizacji zamówienia (warunki minimalne). Nie oznacza to jednak, iż z normy tej wynika zakaz posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego w celu uzyskania większej liczby punktów, w szczególności że dopiero odpowiednie miejsce w rankingu gwarantuje kwalifikację do drugiego etapu postępowania”. Zdaniem Odwołującego pojęcie niezbędnych zasobów, odnosi się do tych, które są konieczne do tego, aby móc z udostępnianej wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego itd. korzystać dla realizacji tego konkretnego zamówienia. Zamawiającego nie interesuje współpraca wykonawcy i podmiotu trzeciego w zakresie udostępniania zasobów w jakimkolwiek zakresie, ale w zakresie koniecznym dla realizacji tego konkretnego zamówienia. Jeśli bowiem wykonawca twierdzi, że będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu itd. innego podmiotu, to w zakresie w jakim to doświadczenie ma się przydać do realizacji zamówienia jest doświadczeniem koniecznym. Nie można przecież powiedzieć, że doświadczenie podmiotu trzeciego związane z budową trzech bloków parowo - gazowych jest niezbędne do realizacji zamówienia, zaś doświadczenie w budowie czterech kolejnych, jest już zbędne. Zbędne natomiast w kontekście tego konkretnego zamówienia może być doświadczenie tego samego podmiotu trzeciego w budowie elektrowni wodnych.

Ad. 1 b) oraz Ad. 2

Najistotniejsze zdaniem Odwołującego w sprawie jest to, że Zamawiający dokonał oceny wniosków wbrew treści ogłoszenia. W odniesieniu do ustalania warunków udziału w postępowaniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem, zastosowanie znajdują przepisy wspólne dotyczące postępowań o zamówienie publiczne, między innymi art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki posiadania wiedzy i doświadczenia. Przepis art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, obliuguje zamawiającego do zamieszczenia opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 w ogłoszeniu o zamówieniu. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu zamawiający zobowiązany jest wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu. Zarówno wykonawcy jak i zamawiający są zobowiązani stosować się do zapisów ogłoszenia. W dalszej argumentacji Odwołujący cytuje orzeczenie KIO z dnia 6 lutego 2012 roku, sygn. akt KIO 133/12, które w cytowanej mierze znajduje zastosowanie w niniejszym postępowaniu:

„Wykonawca ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w dalszym etapie -o możliwość złożenia oferty, musi mieć pewność, że zamawiający będzie prowadził

43

postępowanie w sposób przejrzysty, a jego czynności będą przewidywalne, i że istnieją niewzruszalne podstawy do ich weryfikacji. Ustalone warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, a także znaczenie tych warunków podane w ogłoszeniu, w przekonaniu Izby, muszą być rozumiane na tyle ściśle, że

nie podlegają żadnej innej wykładni, oprócz literalnej. Skoro zamawiający nie podał jednoznacznie w warunkach ogłoszenia (nawet pomimo wyjaśnień na ten temat), że przy ocenie punktowej w danym kryterium wiedzy i doświadczenia - będzie brane pod uwagę jedynie doświadczenie własne wykonawcy, nie może takiego ograniczenia wprowadzać na etapie oceny wniosków. W szczególności nie znajdują normatywnego wsparcia poglądy zamawiającego oraz przystępujących po jego stronie wykonawców, w powołaniu się na przytaczaną wyżej opinię Urzędu Zamówień Publicznych i przywołane wyroki Izby, jakoby wynikało to z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, że doświadczenie udostępnione - wykonawca władny jest wykazywać wyłącznie w zakresie minimalnym dla udokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie dla podwyższenia swej pozycji w rankingu wniosków, o czym miałby świadczyć między innymi zwrot użyty w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp „wykonawca zobowiązany jest udowodnić, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia,” a nie w szerszym zakresie, nawet jeżeli zamawiający ustanowił taki warunek udziału w postępowaniu kryterium oceny, dla ustalenia kolejności wykonawców zaproszonych do złożenia oferty.

W przeświadczeniu Izby, przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b tej ustawy, statuuje równorzędny sposób wykazania warunku wiedzy i doświadczenia zarówno poprzez doświadczenie własne wykonawcy, jak i doświadczenie udostępnione przez podmiot trzeci. Zaś niezbędność, proporcjonalność, adekwatność - ogólnie dotyczy zakresu wymaganych dokumentów, jak również ich treści, także w odniesieniu do samego wykonawcy, o czym stanowi art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, jak i art. 25 ust. 1 tej ustawy. Przepisy art. 51 ust. 1a oraz ust. 2 ustawy Pzp, nie różnicują oceny spełnienia warunków w oddzieleniu na potencjał własny wykonawcy i potencjał udostępniony. Zatem wprowadzanie takiego rozróżnienia, w dodatku na etapie badania wniosków - stanowi naruszenie wymienionych norm), jak i zasad postępowania, w szczególności równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie reguł uczciwej konkurencji. Nie można pomijać, że w przetargu ograniczonym ustawodawca nie narzucił zamawiającemu ani sztywnych reguł ustalania kryteriów, jako oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ani ustalania znaczenia tych warunków. Należało zatem przyjąć, że w tym zakresie przepis ma charakter dyspozytywny. Zamawiający nie uczynił przedmiotem kryterium oceny całego spektrum warunków ustawowych dopuszczania

wykonawcy do udziału w postępowaniu, wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, a jedynie obrał do tego celu warunek wiedzy i doświadczenia (tu: zdolności technicznej - przyp. SNC). Jak również zapowiedział, że w zakresie wykazanym jako minimalnie wymagany, nie będzie on podlegał punktacji (tu: nie wskazał takiego zastrzeżenia- przyp. SNC). Postanowienia ogłoszenia w tym kształcie, nie mogą budzić zastrzeżeń. Nie były też przedmiotem zastrzeżeń ze strony wykonawców. Dowodzi to, że zamawiający przy zachowaniu elementarnych zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji ma pewną swobodę w ustalaniu sposobu przyznawania punktacji złożonym wnioskowi - w celu wyłonienia grupy wykonawców, do których wystosuje zaproszenie do złożenia oferty. Gdyby zamawiający podał wprost, z góry w ogłoszeniu, że punktację w danym kryterium wiedzy i doświadczenia będzie przyznawał jedynie wykazanym robotom referencyjnym wykonanym przez wykonawcę samodzielnie czy w konsorcjum, byłby uprawniony aby w ten sposób oceniać złożone wnioski. Zamawiający mimo skierowania do niego zapytania dotyczącego sposobu oceny, w wyjaśnieniach z dnia 26 października 2011 r. w żaden sposób nie dał wyrazu temu, że zamierza zaliczać jedynie doświadczenie własne wykonawcy - przy wyliczaniu punktacji wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu postępowania.

Wykonawcy podejmują decyzje o udziale w postępowaniu, przygotowując treść przedkładanych dokumentów na podstawie przekazanych im materiałów, w tym w dostosowaniu się do treści wymagań podanych w ogłoszeniu. Nie mają żadnych podstaw aby zakładać, że zamawiający diametralnie zmieni warunki podane w ogłoszeniu, w drodze ich nieuprawnionej interpretacji. Postanowienia „Wstępnej kwalifikacji wykonawców,” stanowią jedynie uszczegółowienie ogłoszenia, i nie powinny wprowadzać żadnych zmian w stosunku do opublikowanej treści ogłoszenia. Zamawiający nie może zaś zaskakiwać wykonawców swoimi decyzjami. Skoro brak jest jednoznacznej regulacji ustawowej w tej kwestii, dopiero wprowadzenie takiego narzędzia eliminacji w warunkach przetargu, że do

oceny wniosków będzie przyjmowane wyłącznie doświadczenie własne wykonawcy, które w ocenie Izby, nie miałooby charakteru dyskryminującego, pozwalałoby na jego uzasadnione zastosowanie. Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych wniosków, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania wniosków. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego

45

systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów."

Ta kompletna analiza tożsamości do niniejszego przypadku, nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający w treści Ogłoszenia o zamówieniu mógł ukształtować sposób punktacji tak, aby premiowane były doświadczenia własne, względem podmiotów trzecich. Wydaje się, że Zamawiający byłby uprawniony nawet do ustalenia, że powołane, cudze doświadczenia, nie uzyskiwałyby punktów w rankingu, pod warunkiem wszak, że zasada ta sformułowana zostałaby przejrzysto w ogłoszeniu. Konkluzja taka jest oczywista, skoro zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp prawidłowe jest powoływanie się na doświadczenie cudzego podmiotu w każdym zakresie celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, natomiast sposób punktacji spełnienia tego warunku zależy już od Zamawiającego. Jedyne ograniczenie jakie nałożone jest na Zamawiającego sprowadza się do tego, że winien on wprowadzić do ogłoszenia jednoznaczne warunki punktacji. W Ogłoszeniu o zamówieniu w niniejszym postępowaniu, Zamawiający w sekcji VI w punkcie 1 powtórzył oczywistą zasadę, że wykonawcy mogą polegać na wiedzy, doświadczeniu i potencjale technicznym itd. podmiotów trzecich, zaś w punkcie 2 tej sekcji wskazał sposób punktacji wniosków, odwołując się do warunków udziału w postępowaniu, opisanych w sekcji III.2.3. Ogłoszenia o zamówieniu (a więc tych samych, które opisane zostały jako minimalne), nie różnicując tych warunków w żaden sposób, w szczególności nie dają żadnego asumptu nawet do domysłów, że doświadczenie które nie jest własne nie będzie punktowane. Zatem uznać trzeba, że Zamawiający dokonał punktacji niezgodnie z własnym Ogłoszeniem o zamówieniu, a zgodnie z Opinią która została Odwołującemu przekazana po terminie złożenia wniosku, po ocenie tych wniosków i po udzieleniu informacji o ocenie wniosków, na wyraźne żądanie Odwołującego o uzasadnienie punktacji. Oczywistym jest, co stwierdziła KIO, że wykonawcy przygotowują wniosek o udział w postępowaniu w oparciu o treść ogłoszenia, w zaufaniu, że jego literalne brzmienie będzie podstawą do oceny wniosku w świetle zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym, gdyby Odwołujący wiedział, że Zamawiający nie będzie uznawał zamówień podmiotów trzecich udostępniających zasoby, zaprosiłby do konsorcjum podmioty udostępniające mu zasoby. Dla Odwołującego

46

jest to na tyle oczywiste, że firma SNC Lavalin Constructors Inc jest spółką z tej samej grupy kapitałowej i de facto mimo braku powołania się we wniosku na formalną współpracę jako konsorcjum, współpracuje z Odwołującym na zasadach ściślejszych niż konsorcjant. Decyzja o takim a nie innym formalnym układzie współpracy podjęta była z uwzględnieniem warunków udziału w postępowaniu opisanych w Ogłoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, słuszny jest zarzut, że Zamawiający w sposób sprzeczny z Ogłoszeniem o zamówieniu oraz z ustawą Pzp odmówił przyznania punktów zamówieniom, którymi wykazał się Odwołujący i wskutek tego umieścił Odwołującego na pozycji ósmej, nie kwalifikując go tym samym do dalszego postępowania. Słuszne jest też

żądanie Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny z uwzględnieniem zasady, że także zamówienia wykonane przez podmioty trzecie udostępniające zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, powinny zostać punktowane w rankingu wykonawców.

Ad. 1.c) i d)

Z treści dokumentu Badanie wynika, że Zamawiający, pomimo że nie przyznał punktów zamówieniom pochodzącym od podmiotów trzecich udostępniających zasoby, uznał, że nie wszystkie zamówienia z wykazów są „referencjami kwalifikowanymi”. Przy liście poszczególnych zamówień Zamawiający poczynił uwagi, które wskazywałyby na to, że Zamawiający spostrzegł braki lub błędy w dokumentach towarzyszących wykazowi, jednakże wskutek przyjętej zasady: „występuje się o uzupełnienie dla spełnienia wymagań Ogłoszenia, nie występuje się o uzupełnienie dla potrzeb rankingu Wniosków, nie wystąpił ani o uzupełnienie dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ani nie wystąpił o wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Ponieważ Zamawiający wyraźnie nie wskazał, czy odmówił uznania zamówień dla rankingu wskutek przyjęcia wadliwej interpretacji art. 26 ust. 2 b (zarzut pierwszy a), czy wskutek wadliwej interpretacji art. 26 ust. 3, Odwołujący zmuszony jest także podnieść i uzasadnić niniejszy zarzut. Ponadto, w razie uznania zarzutu 1 a) i skierowania wniosku do ponownej oceny przez Zamawiającego, w interesie Odwołującego jest zakwestionować także w/w zasadę w stosunku do wszystkich zamówień, co do których Zamawiający poczynił zastrzeżenia, ponieważ przy ponownym liczeniu, wszystkie zamówienia powinny być wzięte pod uwagę (zarówno te które posiadają pełną dokumentację i ich należyte wykonanie zostało jasno wykazane jak i te które wymagają uzupełnienia i wyjaśnienia - po ich prawidłowym uzupełnieniu i wyjaśnieniu). Będzie to istotne dla Odwołującego zarówno wówczas, gdy ranking będzie budowany na podstawie ilości zamówień jak i sumy mocy elektrycznej brutto bloków i turbin. Pominięcie przez

47

Zamawiającego obowiązku wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów dot. zamówień może skutkować szkodą dla Odwołującego przez to, że nie wszystkie zamówienia zostaną zliczone i w konsekwencji Odwołujący nie zajmie należnego mu miejsca w rankingu uprawniającemu go do dalszego udziału w postępowaniu.

Nie ma wątpliwości, że art. 26 ust. 3 (a także art. 26 ust. 4) ma zastosowanie zarówno wobec dokumentacji dot. spełnienia warunków determinujących udział w postępowaniu jak i wobec dokumentów wpływających na miejsce wykonawcy w rankingu wykonawców. W obu bowiem przypadkach chodzi o możliwość uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 25 ust. 1 mówi zaś o oświadczeniach i dokumentach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazanych (w tym wypadku) w ogłoszeniu o zamówieniu. Warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie określonej wiedzy, doświadczenia i potencjału technicznego. Jak wynika z treści art. 57 ust. 3 warunki udziału w postępowaniu podlegają różnicowaniu i z tego względu podlegają ocenie. A zatem wykonawcy mogą w różnym stopniu spełnić warunki udziału w postępowaniu, przy czym niezależnie czy spełniają je w sposób minimalny czy maksymalny - są to zawsze warunki udziału w postępowaniu. O takim rozumieniu warunków świadczy też konsekwencja spełnienia warunków w mniejszym stopniu niż konkurentów - wykonawcę takiego uznaje się za wykluczonego, podobnie jak tego, który warunków nie spełnił. Skoro więc kwestia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy to w stopniu minimalnym, czy powyżej minimalnego stopnia, decyduje o możliwości udziału w postępowaniu, logicznym jest, że w każdym takim wypadku zastosowanie znajdzie art. 26 ust. 3 i 4. W obu przypadkach przepis służy temu samemu - umożliwieniu pozostania „w grze” pomimo złożenia wniosku (lub oferty) z pewnymi wadami. Powyższą zasadę potwierdziła KIO w orzeczeniu z dnia 12 stycznia 2012 roku sygn. KIO/2659/11 słusznie wyrokując, że: „przepis ten (art. 26 ust. 3) nie ogranicza procedury uzupełniania dokumentów (nie złożonych, niekompletnych lub zawierających błędy) tylko do tych, które stanowią podstawę do wykluczenia z postępowania”. Jak podkreśliła Izba, jest tak w szczególności wówczas, gdy Zamawiający takiego ograniczenia nie wprowadził w Ogłoszeniu. Podobnie w orzeczeniu z dnia 20 września 2010 roku, sygn. akt: KIO 1918/10: „Podkreślenia wymaga, że - wbrew twierdzeniom zamawiającego ani ad. 26 ust. 3 ustawy ani żadne inne przepisy w tym odnoszące się do przetargu ograniczonego (art. 47 i n.) nie wprowadzają ograniczeń

dotyczących zakresu uzupełnienia dokumentów, w zależności od tego czy warunek, na potwierdzenie którego są przedkładane, podlega ocenie stanowiąc podstawę kwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu postępowania, czy też nie. Celem oceny spełniania przez wykonawców określonych przez zamawiającego warunków jest wybór wykonawców (w

48

liczbie określonej w ogłoszeniu), którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków także wówczas, gdy powołują się na doświadczenie i wiedzę podmiotu trzeciego korzystając z uprawnienia które daje im art. 26 ust. 2 b".

Skoro więc Zamawiający przyjął, że oświadczenia i dokumenty odnoszące się do warunków wpływających na miejsce wykonawcy w rankingu wykonawców i zaniechał w tym zakresie wezwań w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, to naruszył tenże przepis (w kontekście wezwań oświadczeń i dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1). Wezwanie wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 służy uzupełnieniu dokumentów, które potwierdzają sytuację Wykonawcy, w której się znajduje w chwili złożenia wniosku, co oznacza, że w drodze tego przepisu nie należy zezwalać wykonawcy na rozszerzenie listy zamówień zawartych w wykazie, ale pozwolić mu uzupełnić dokumenty odnoszące się do zamówień z pierwotnego wykazu: „Wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość uzupełnienia dokumentów, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, nie wpływając na przyszłą ocenę punktową wniosku (tj. nie wykazując większej liczby zamówień podlegających punktacji), potwierdzić, że zamówienia wykazane w pierwotnym wykazie spełniają wymagania Zamawiającego."

Z treści dokumentu Badanie, na stronie 28, wynika, że nie przyjęto udostępnienia kwalifikacji technicznych podwykonawcy Siemens AG w zakresie LTSA (wieloletniej umowy serwisowej turbiny gazowej). Odwołujący podnosi, że wykaz wykonanych zamówień w zakresie długoterminowej umowy serwisowej turbiny gazowej obejmowała 16 inwestycji, odpowiadających wymaganiom ogłoszenia wraz z towarzyszącymi im listami referencyjnymi. Jeśli więc Zamawiający uznał, że wykaz zawiera braki, w postaci stosownego oświadczenia Siemens AG o udostępnieniu zasobów, winien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 (analogicznie orzeczenie KIO z 20 września 2010 roku, sygn. KIO 1918/10).

Zamawiający wskazał na brak potwierdzenia, że zamówienia zostały wykonane należycie w stosunku do następujących zamówień: Castello IV (blok), Eldorado 1,2,3,4 (bloki), Acece (turbina), Arcos - blok 1 i 2 (turbina). W stosunku do następujących Zamówień, Zamawiający zrobił adnotację, że potwierdzenia zawierają błędy (brak dokładnej identyfikacji wykonawcy, wskazanie innego wykonawcy, niezgodność terminu wykonania): Becancoure (blok), Portlands, Hadjret En Nouss SKH SPA nr 1, 2, 3 (bloki), Arcos III (turbina), Escombreral (turbina), Acece (turbina), Arcos blok 1 i 2 (turbiny), Mainz (turbina), Simmering BKW (turbina), Pont-sur Sambre (turbina), Yang Pu Hainan (turbina), Castejon (serwis), Santurzi (serwis), Castellon A (serwis), Aceca (serwis), Arcos blok 1 i 2 (serwis), KW Donaustadt GT DON3 (serwis), Tapada (serwis) Sagunto (serwis), Marmara Trakya (serwis),

49

Swentibold (serwis), Palos de la Frontera (serwis), Ribatejo (serwis), Shuwaihat S1 (serwis), Gonju (serwis), Herdecke (serwis), Pego (serwis). Wszystkie te zamówienia zostały prawidłowo opisane w wykazach poszczególnych typów zamówień. Pamiętać należy, że w świetle orzeczeń KIO nie ma żadnych wątpliwości, że to wykaz będący oświadczeniem wykonawcy potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w którym przedstawia informacje na temat wykonywanej roboty, usługi czy dostawy, natomiast dokument referencji nie służy w postępowaniu potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu lecz jedynie należytego wykonania zamówienia. Dlatego nie można uznać, że brak szczegółowych danych w referencji co do potwierdzenia zakończenia usługi stanowi podstawę do uznania, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku. Jak stwierdziła KIO w orzeczeniu z dnia 19 kwietnia 2011 roku (KIO 700/11), przyjmuje się, że oświadczenie składane przez wykonawcę (w formie wykazu) może mieć szerszy zakres niż wynika to z treści załączonych referencji. Wszelkie dodatkowe informacje potwierdzające oświadczenie wykonawcy w wykazie usług są przez zamawiających mile widziane, jednakże nie są one obowiązkowe, a zadaniem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania

umowy. Dodatkowo, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że dokument referencji nie musi zawierać w sobie ściśle określonych sformułowań, czy wyrażen o pozytywnym zabarwieniu. Dokument potwierdzający wykonanie usługi jest niejako dopełnieniem informacji zawartych w wykazie i nie musi dokładnie odzwierciedlać wszystkich informacji zawartych tamże - o ile bowiem i zamawiający, i wykonawca biorący udział w postępowaniu mają wpływ na szczegółowość i zakres danych podanych w wykazie, to dokument potwierdzający wykonanie prac ujętych w wykazie pochodzący od osoby trzeciej jest trudny do ukształtowania pod kątem konkretnego postępowania (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 23 września 2009 r., KIO/UZP 1158/09). Podobne poglądy wyraziła KIO w następujących wyrokach: z dnia 7 września 2009 r. (KIO/UZP 1092/09), z dnia 20 października 2010 r. (KIO 2187/10), z dnia 25 lutego 2010 r. (KIO 147/10), z dnia 28 marca 2011 (KIO 534/11), z dnia 1 czerwca 2011 KIO 1064/11, 4 maja 2011 (KIO 826/11), wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 9 czerwca 2006 r. (Sygn. akt II Ca 577/06). Jeśli jednakże, pomimo prawidłowego wykazu Zamawiający uznał, że występują braki lub niejasności w dołączonych dokumentach, winien na zasadzie art. 26 ust. 3 wezwać Odwołującego do uzupełnienia, bądź w trybie art. 26 ust. 4 wezwać do wyjaśnienia, czego Zamawiający nie uczynił.

Ad. 3

50

Zamawiający dokonał błędnej oceny wniosku Konsorcjum Abener, uznając, że zamówienie polegające na wybudowaniu rekuperatora ciepła oraz jego integracja z istniejącym blokiem parowo-gazowym ujęte w wykazie zamówień na budowę bloku gazowo - parowego jako projekt Emilio Portes Gil Thermal Power Station - BPG spełnia warunki określone w sekcji III.2.3) pkt 1 a) i przyznał temu zamówieniu 2 punkty (wykaz zamówień - str. 31 (CD: Tom 11.7.1.1, str. 3/7) wniosku Konsorcjum Abener, list referencyjny str. 74 (CD:Tom 11.7.2.1 str. 3/36) oraz str. 76 (CD:Tom 7.2.2 str. 2/39) wniosku Konsorcjum Abener). Rekuperator ciepła nie jest z oczywistych względów blokiem parowo - gazowym, o którym mowa w sekcji III.2.3 pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia o zamówieniu. Jest to instalacja służąca odzyskiwaniu ciepła, w tym wypadku zainstalowana na bloku parowo-gazowym. Jako takie, zamówienie to nie powinno w ogóle podlegać klasyfikacji w ramach zdolności technicznej wykonawcy. Uwzględnienie zamówienia wbrew zapisom Ogłoszenia o zamówieniu jest naruszeniem warunku równego traktowania wykonawców, stanowi uprzywilejowanie jednego z wykonawców, który w miejsce warunku wiążącego wszystkich, wykazał się zupełnie innym.

Ponadto Zamawiający zignorował fakt, że zamówienia Ain Beni Mathar oraz Bahia de Bizcaia (ujęte w wykazie na str.30,31 oraz 33 (CD: Tom 11.1.1. 2/3/7) wniosku Konsorcjum Abener) nie są poparte referencjami inwestorów ani innym dokumentem potwierdzającym, że zamówienia zostały prawidłowo wykonane. Listy referencyjne załączone do wykazu wskazują inny podmiot niż Konsorcjum Abener (tj. żadnego z konsorcjantów), odnoszą się do firmy Abengoa S.A., która jest odrębnym przedsiębiorcą (listy referencyjne str. 98 oraz 102 wniosku Konsorcjum Abener). Z powyższych względów brak jest podstaw do zaliczenia i punktowania tychże zamówień bez uzupełnienia o właściwe listy referencyjne. W podobnej sytuacji, gdy podczas badania wniosku Odwołującego Zamawiający uznał, że zachodzi jakakolwiek wątpliwość co do wykonawcy, dla którego wystawiane są referencje, czynił adnotację, „list referencyjny, ale dla innego podmiotu”, „bez pełnej identyfikacji” i w konsekwencji nie przyznawał zamówieniu punktu. W przypadku Konsorcjum Abener, punkty zostały przyznane, mimo ewidentnej niezgodności. Owo różne potraktowanie wykonawców przy ocenie tych samych okoliczności jest ewidentnie sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz uniemożliwia uczciwą konkurencję. „Nierówne traktowanie wykonawców przejawia się poprzez odmienne oceny takich samych faktów, czy wyciąganie różnych następstw takich samych okoliczności związanych z różnymi wykonawcami.” - tak wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2009 roku, sygn. akt: KIO/UZP 968/09, KIO/UZP 976/09. Przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji (wyrok

51

KIO z dnia 25 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 291/09). Z powyższych względów przedstawiony zarzut jest zasadny.

Wobec powyższego Odwołujący podnosił, iż niniejsze odwołanie jest zasadne i wnosił jak na wstępie.

W dniu 21 maja 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 24 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- Konsorcjum Abener, w którym wnosił o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów skierowanych przeciwko wnioskowi Konsorcjum Abener oraz zarzutów dotyczących przyznania niewłaściwej punktacji wnioskowi Odwołującego - na podstawie art. 192 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że podniesione przez Odwołującego zarzuty nie są zasadne. Zgodnie z przeprowadzoną przez Zamawiającego oceną wniosek złożony przez Konsorcjum Abener został sklasyfikowany na piątej pozycji, co zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu powoduje, że Konsorcjum Abener zostanie zaproszone do dalszego etapu postępowania. Uwzględnienie odwołania w części dotyczącej zarzutów skierowanych przeciwko wnioskowi Konsorcjum Abener oraz zarzutów dotyczących przyznania niewłaściwej liczby punktów wnioskowi Odwołującego może spowodować, że wniosek Konsorcjum Abener zostanie sklasyfikowany poniżej 5 pozycji. W następstwie powyższego Konsorcjum Abener nie zostanie zaproszone do udziału w kolejnym etapie Postępowania. Jednocześnie rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego umożliwi Konsorcjum Abener uniknięcie powyższych konsekwencji a tym samym po jego stronie nie dojdzie do powstania szkody majątkowej związanej z utraconymi korzyściami które mógłby osiągnąć, gdyby jego wniosek został dopuszczony do udziału w kolejnym etapie Postępowania, a następnie gdyby złożył najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu;

- Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas, w którym zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż ma interes w dokonaniu powyższej czynności. Zważywszy na fakt złożenia przez zgłaszającego przystąpienie odwołania oraz podniesione w nim zarzuty oraz żądanie liczy on, że wskutek jego uwzględnienia oraz oddalenia odwołania Odwołującego zgłaszający przystąpienie zostanie zakwalifikowany do dalszego etapu toczącego się Postępowania.

52

W dniu 24 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

- Konsorcjum MCE-Babcock-BHR, wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Konsorcjum MCE-Babcock-BHR wskazywało, iż ma interes w tym, aby spór został rozstrzygnięty na korzyść Odwołującego. Wniesione odwołanie zmierza bowiem do wykazania, że Zamawiający przy badaniu i ocenie wniosków o udział w Postępowaniu w sposób nieuprawniony nie uwzględniał punktów, które wykonawcy (w tym Odwołujący i Konsorcjum MCE-Babcock-BHR) powinni byli uzyskać z uwagi na dysponowanie wymaganym doświadczeniem osób trzecich. Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich biorących udział w Postępowaniu wykonawców, poprzez różne traktowanie wykonawców legitymujących się własnymi zasobami w zakresie zdolności technicznej oraz wykonawców legitymujących się udostępnionymi zasobami. Wskazanie w toku postępowania odwoławczego, że Zamawiający dokonał błędnej oceny wniosków może spowodować zmianę oceny punktowej poszczególnych wniosków i w konsekwencji zwiększa szanse zakwalifikowania się zarówno Odwołującego jak i Konsorcjum MCE-Babcock-BHR do dalszego etapu Postępowania. Ze względu na to, że Postępowanie prowadzone jest w procedurze dwuetapowej od oceny prawidłowości czynności

w etapie zależy bieg Zamawiającego podjętych pierwszym postępowania, dalszy Postępowania. Tym samym przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego ma na celu ochronę interesu Konsorcjum MCE-Babcock-BHR, który ma również szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie w razie skutecznego zakwestionowania oceny dokonanej przez Zamawiającego. W interesie Konsorcjum MCE-Babcock-BHR jest wykazanie

w niniejszym postępowaniu odwoławczym, iż ocena punktowa dokonana przez Zamawiającego (a tym samym również odnosząca się do Konsorcjum MCE-Babcock-BHR) narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ocena wystąpienia szkody u Konsorcjum MCE-Babcock-BHR nie może być dokonana w oderwaniu od etapu postępowania, na którym podejmowane są czynności Zamawiającego. Ponieważ nie jest możliwe na etapie składania wniosków prekwalifikacyjnych ustalenie pozycji przyszłej oferty Odwołującego oraz Konsorcjum MCE-Babcock-BHR wśród innych ofert, ocena możliwości poniesienia szkody musi mieć w tym przypadku charakter hipotetyczny, podobnie jak ma to miejsce w przypadku wnoszenia środków ochrony prawnej wobec postanowień ogłoszenia czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tak KIO z wyroku z dnia 6 maja 2012 r. KIO 840/11, KIO 841/11, KIO 848/11). Dodatkowo w ślad za wyrokiem KIO z dnia 31 marca 2011 r. (KIO 582/11) Konsorcjum MCE-Babcock-BHR wskazywało, że interes, jaki ma się legitymować

53

zgłaszający przystąpienie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) jest odrębną kategorią prawną od interesu w uzyskaniu zamówienia, którym musi się legitymować wnoszący odwołanie lub skargę (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Na tej zasadzie, opisany powyżej interes Konsorcjum MCE-Babcock-BHR jest interesem w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego. Konsorcjum MCE-Babcock-BHR zauważało ponadto, iż jedynie na obecnym etapie postępowania poszczególni wykonawcy mogą skutecznie podnosić zarzuty względem oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez Zamawiającego. Przesądza to o konieczności zapewnienia rzeczywistej ochrony interesów wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (tak wyrok KIO z 6 maja 2011 r. sygn. akt KIO 840/11, KIO 841/11, KIO 848/11), w tym Konsorcjum MCE-Babcock-BHR do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Co do zarzutów merytorycznych Konsorcjum MCE-Babcock-BHR zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zastrzegало sobie odniesienia się przed zamknięciem rozprawy do twierdzeń co do stanu faktycznego i argumentów prawnych podniesionych w odwołaniu oraz przedłożenia stosownych dowodów wykazujących ich zasadność;

- Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa, wnosząc o uwzględnienie odwołania z uwagi na jego zasadność. Zgłaszający przystąpienie podnosił, że odwołanie jest zasadne. Przy kwalifikacji wykonawców do dalszego etapu Postępowania Zamawiający winien był uwzględnić zarówno własny potencjał wykonawcy w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak również potencjał udostępniony wykonawcom przez podmioty trzecie na zasadach, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Żadne przepis ustawy Pzp nie różnicuje pozycji wykonawców ze względu na podstawę wykazywanego doświadczenia. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż posiada interes w uwzględnieniu odwołania, bowiem ewentualne uwzględnienie odwołania i uznanie argumentacji Odwołującego w zakresie możliwości uzyskiwania dodatkowych punktów w przypadku korzystania z potencjału podmiotów trzecich spowoduje, że także zgłaszający przystąpienie może znaleźć się wśród 5-10 wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu Postępowania.

W dniu 25 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo, w którym zgłaszający przystąpienie wnosil o oddalenie odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż ma interes w oddaleniu odwołania i uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ Odwołujący postawił zarzut błędnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny wniosków. W przypadku zatem uwzględnienia

54

odwołania i uznania za nieprawidłowe działań Zamawiającego, zgłaszający przystąpienie może utracić szansę na udział w Postępowaniu i realizację zamówienia, a więc występuje ryzyko poniesienia przez niego szkody. Podnosił, że pojęcie interesu wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po jednej ze stron postępowania o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp podlega szerokiej interpretacji i nie powinno być kojarzone wyłącznie z interesem odwołującego wymienionym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Za taką

interpretacją opowiedziała się KIO w wyroku z 9 listopada 2012 r. stwierdzając, że interes wykonawcy w przystąpieniu do postępowania odwoławczego należy rozumieć jako „(...) jakąkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje, wygra postępowanie odwoławcze. Ponadto, interes wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego nie musi być związany z konkretnym, toczącym się postępowaniem (tak: Patryka Mariusz Prz. publ. 2010.3.16, 112600/1). Zgłaszający przystąpienie stał na stanowisku, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wszystkich wniosków zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp a także ogłoszeniem o zamówieniu. Z uwagi na powyższe zgłaszający przystąpienie kwestionował zarzuty podniesione w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie w całości;

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (pismo z 6 czerwca 2012 r.), w której uwzględnił przedmiotowe odwołanie w zakresie niepotwierdzenia spełnienia warunku określonego w Sekcji III.2.3) pkt 1a ogłoszenia o zamówieniu przez Konsorcjum Abener (zarzut nr 3) i wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie, w pozostałym zakresie (zarzuty nr 1 i 2) wnosił o jego oddalenie.

1. Zarzut dotyczący dokonania błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego polegającej na nieprzyznaniu Odwołującemu żadnego punktu z tytułu spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III. 2.3 Ogłoszenia

Spór między Zamawiającym a Odwołującym dotyczy możliwości posługiwania się przez wykonawców wiedzą i doświadczeniem podmiotów trzecich w celu wykazania lepszego niż inni wykonawcy stopnia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego dotyczące braku możliwości „punktowania zamówień, które nie są zamówieniami wykonanymi przez Odwołującego a przez podmioty, które udostępniły swoje zasoby wiedzy doświadczenia i zdolności technicznej i zobowiązały się wziąć udział w zamówieniu” jest „niezgodne z Ogłoszeniem oraz obowiązującymi przepisami oraz elementarnymi zasadami prowadzenia zamówień publicznych”. Co więcej „Odwołujący podkreśla, że omawiana kwestia była przedmiotem rozlicznych orzeczeń

55

Krajowej Izby Odwoławczej, a stanowisko zaprezentowane w Opinii (będącej, zdaniem Odwołującego, podstawą nie przyznania punktów) jest stanowiskiem odosobnionym”. Z powyższych twierdzeń Odwołującego prawdziwe jest jedynie jedno a mianowicie to, iż omawiana kwestia była przedmiotem rozlicznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. I tak tytułem przykładu Zamawiający wskazuje na wyrok KIO z 17 lutego 2012 r. (sygn. akt 232/12), wydany w analogicznej sprawie przy bardzo podobnym stanie faktycznym (orzeczenie odnosi się do procedury przetargu ograniczonego, w której istnieje analogiczna konstrukcja prekwalifikacji jak w procedurze negocjacji z ogłoszeniem). Tezy zawarte w tym orzeczeniu Zamawiający przyjmuje za swoje, bowiem orzeczenie to najpełniej wyraża stanowisko, którego wyrazem była dokonana ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu.:

„Izba uznała, iż stanowisko Zamawiającego uznające, iż z zasobów podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp korzystać można wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych następnie do złożenia ofert, uznać należy za słuszne.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji 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 wykonywaniu zamówienia. Tym samym art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu,

gdzie dwukrotnie akcentuje się niezbędny charakter udostępnianych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W ocenie Izby zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia, jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia, a o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Znaczenie normatywne regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stanowiącej wyjątek od reguły wykazania przez samego wykonawcę potencjału i

56

zdolności w zakresie wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym, sprowadza się zatem do stwierdzenia, że wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego (opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu) zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, gdy sam bezpośrednio nie dysponuje takimi zasobami. Brak posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego uniemożliwia bowiem takiemu wykonawcy samodzielne uczestnictwo w postępowaniu. Niezbędny charakter zasobów udostępnianych wyznacza zarazem granicę zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zatem należy przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert. W ocenie Izby stopień spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma znaczenie wyłącznie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert przez wykonawców, którzy wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym (w oparciu o zasoby własne lub udostępnione w niezbędnym zakresie przez podmioty trzecie) i nie mieści się w hipotezie tego przepisu. Stanowisko takie zajęła np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2287/10, sygn. akt KIO 2307/10: „zgodnie z art. 26 ust. 2b zd. 2 p.z.p. podmiot trzeci udostępnia wyłącznie zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Jednocześnie o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Stopień spełnienia warunków ma znaczenie wyłącznie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert. W konsekwencji potencjał podmiotu trzeciego stanowić winien wyłącznie *conditio sine qua non* wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na poziomie wskazanym przez zamawiającego zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6) p.z.p. Jakość spełnienia tego warunku, ocena skutkująca miejscem w rankingu wykracza poza ramy art. 26 ust. 2b p.z.p.” Warto wskazać, iż powyższy wyrok został zaskarżony do Sądu Okręgowego w Warszawie, który wyrokiem z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10, skargę oddalił i stwierdził w uzasadnieniu, że: „należy w całości podzielić argumentację zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia.” Do analogicznych wniosków Izba doszła również w wyroku z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO/2255/11, KIO/2260/11, KIO/2283/11, gdzie Izba uznała, że niedopuszczalne jest posługiwanie się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego z wykorzystaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp tylko po to, by uzyskać korzystniejszą pozycję w ramach oceny stopnia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla celów zakwalifikowania się do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy

57

Pzp. Tym samym w ocenie Izby już wykładnia literalna przepisu wskazuje na zakres jego zastosowania. Do powyższego wniosku skłania także wykładnia celowościowa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jak podnoszono na rozprawie celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Postanowienia te dopuszczają poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełnienia warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Taki cel przepisu, wprowadzonego nowelizacją ustawy (ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. z 2009 Nr 206 poz. 1591), wynika również z uzasadnienia do ww. nowelizacji ustawy Pzp. Tym samym celem ustawodawcy było umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże przyjęcie założenia, iż zastosowanie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykracza poza minimalny zakres warunków udziału w postępowaniu i dopuszczenie możliwości „użyczenia” zasobów przez

wykonawców jedynie dla podwyższenia punktacji i wyeliminowania konkurencji, mogłaby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Sprzyjałoby to zjawisku premiowania wykonawców nie tyle posiadających najlepsze doświadczenie, co potrafiących pozyskać z rynku największą liczbę udostępnianych zasobów i tworzeniu konkurencji pozornej. W ocenie Izby prowadziłyby to także do sprzeczności z istotą przetargu ograniczonego, którego celem jest wyłonienie wykonawcy w największym stopniu spełniającego oczekiwania zamawiającego. Skutkować może bowiem tym, że wykonawcy posilkujący się wyłącznie doświadczeniem innych podmiotów uzyskają najlepszą punktację, zaś wykonawcy posiadający własne doświadczenie nie uzyskają zaproszenia do składania ofert. W ocenie Izby nie sposób uznać, iż wykonawca, który w ogóle nie posiada własnego doświadczenia, daje lepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia niż wykonawca posiadający jedynie doświadczenie własne, który nie posilkuje się doświadczeniem udostępnionym dla podwyższenia punktacji. W ocenie Izby także wykładnia systematyczna przemawia za przyjęciem powyższego stanowiska. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje się bowiem w Rozdziale I Działu II ustawy Pzp, tj. w tym samym Rozdziale, co przepisy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z wykładni systematycznej wysnuć można zatem zasadny wniosek, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie do warunków udziału w postępowaniu, tj. minimalnych wymogów, jakie musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast nie ma zastosowania do przewidzianych w art. 51 ust. 2 ustawy Pzp ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11: „Niewątpliwym jest, iż art. 26 ust. 2b ustawy Pzp daje wykonawcy możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu także poprzez poleganie „na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych

58

podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków (...). Celem tego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/BWE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, który dopuszcza poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Przepis ten wprowadzono bowiem jako szczególną regulację umożliwiającą wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu - i z tą sytuacją samodzielnego niespełnienia warunku powiazaną - ubieganie się o zamówienie, jeśli w sposób opisany w tym przepisie udowodni, że odpowiednimi zasobami w momencie realizacji zamówienia będzie dysponował jak własnymi. Skorzystanie z potencjału podmiotów trzecich jest więc możliwe wyłącznie w ściśle określonym celu, a mianowicie dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu". Co do podnoszonych w odwołaniu okoliczności, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu nie ograniczył w żadnym stopniu możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich, co skutkuje tym iż na etapie oceny wniosków nie jest już uprawniony do zmian w tym zakresie, stwierdzić należy, co następuje. Zdaniem Izby okoliczność, czy Zamawiający zawarł taki opis w treści ogłoszenia o zamówieniu, nie może mieć waloru przesądzającego o zasadach, wedle których dokonuje on następnie oceny wniosków.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie ma charakteru dyspozytywnego i zakres jego zastosowania nie zależy od decyzji Zamawiającego ujawnionej w treści ogłoszenia. Tym samym niewskazanie w treści ogłoszenia o zamówieniu, iż na potrzeby punktacji Zamawiający uwzględniac będzie wyłącznie doświadczenie własne, nie skutkuje niedopuszczalnością takiej oceny przez Zamawiającego, skoro znajduje ona bezpośrednie oparcie w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący Fujitsu pominął okoliczność, iż wykaz usług potwierdzający wymaganą wiedzę i doświadczenie uzupełniony został przez niego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od reguły, że dokumenty i oświadczenia powinny być złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pozwalając sanować „błędy", niedoskonałości i braki wniosków lub ofert na etapie ich merytorycznej oceny. Wyjątki jednak nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Przywołany przepis pozwala na uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i tylko w takim zakresie. Tym samym, biorąc pod uwagę zasady wynikające z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający, oceniając wniosek Odwołującego Fujitsu, uwzględniłby wyłącznie te usługi, które dotyczyły spełnienia minimalnego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, natomiast nie podlegałyby uwzględnieniu usługi przedstawione dla uzyskania dodatkowej punktacji.

59

W konsekwencji powyższego nie doszło także do naruszenia art. 51 ust. 1-2 ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko wyrażone w tym zakresie w przywoływanym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11: „Natomiast art. 51 ustawy Pzp dotyczy kwalifikacji wykonawców, a więc wyłonienia grupy wykonawców, do których zostanie wystosowane zaproszenie do składania ofert spośród wykonawców spełniających warunki. I tak art. 51 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż kwalifikacji zostaną poddani wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu przy uwzględnieniu postanowień tego przepisu. Z kolei art. 51 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje że „jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się za wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.”

Oznacza to, iż kwalifikacja wykonawców odbywa się w dwóch etapach. Najpierw Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Następnie zaś o ile liczba wykonawców jest większa niż liczba wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do składania ofert, zamawiający zobowiązany jest (o ile zaistnieje taka sytuacja) dokonać dodatkowej czynności polegającej na zhierarchizowaniu ocen spełniania warunków przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, wybierając tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Warunki, których ocena spełniania będzie podlegała wartościowaniu powinny być wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający powinien bowiem podać spełnianie których warunków ma dla niego większe znaczenie oraz w jaki sposób będzie oceniał spełnianie w większym lub mniejszym stopniu. Określony warunek ma więc mieć przypisaną wagę. Wykonawca otrzymuje bowiem punkty nie za samo spełnianie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, ale za spełnianie danego warunku w większym, lepszym stopniu. Zaproszeni do składania ofert powinni być bowiem ci wykonawcy, którzy spełniają warunki w największym, najlepszym stopniu, a więc otrzymali największą ilość punktów, a co za tym idzie - odnosząc się do tego konkretnego przypadku - posiadają największe doświadczenie w realizacji tego rodzaju zamówienia.

Regulacja zawarta w tym przepisie (art. 51 ustawy Pzp) służy więc innemu celowi niż regulacja zawarta w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten (art. 51 ustawy Pz) pozwala bowiem dokonać oceny w celu dopuszczalnego, przewidzianego treścią ogłoszenia zawężenia listy wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu na podstawie pewnego kryterium, którym będzie jeden lub więcej warunków udziału w postępowaniu, a w kształtowaniu którego ustawodawca pozostawił

Zamawiającemu względną swobodę. Mogą one przecież „wykraczać poza te, co do których ustawodawca dopuścił udostępnianie przez podmioty trzecie na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy,

60

obejmując dodatkowo sytuację ekonomiczną; uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; niektóre z nich z natury mogą nie nadawać się do spełnienia funkcji dla których wprowadzono art. 51 ust. 2 ustawy” (wyrok KIO z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/2359/10).“

Ponadto warto przywołać także wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2283/11:

„Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pzp, dopuszczając możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, stanowi wyjątek od reguły wykazania przez samego wykonawcę potencjału i zdolności w zakresie wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym, niezbędnego do realizacji zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu podmiot trzeci udostępnia zasoby „niezbędne” do realizacji zamówienia, czyli takie bez których realizacja zamówienia nie jest możliwa. Zatem należy przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyżej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert czyli do tzw. „zawyżania punktacji”.

Odmierna interpretacja i dopuszczenie możliwości „użyczenia” sobie wzajemnie zasobów przez wykonawców jedynie dla „zawyżenia punktacji” i wyeliminowania konkurencji, mogłaby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa przepis art. 26 ust. 2 b, a jest nim zwiększenie konkurencyjności podmiotów, biorących udział w postępowaniu przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba popiera w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 5 listopada 2010 roku Sygn. akt KIO 2287/10 i Sygn. akt KIO 2307/10, który

został potwierdzony wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 roku, Sygn. akt V CA 3036/10."

oraz wyrok KIO z dnia 5 marca 2012 r. sygn. akt KIO 331/12, KIO 333/12

„W niniejszym stanie faktycznym Izba przychyliła się do stanowisk Odwołujących, że przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie jest dopuszczalne powołanie się na doświadczenie innego podmiotu, jeżeli to miałoby służyć wyłącznie otrzymaniu przez danego wykonawcę większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców. Izba wzięła pod uwagę argumentację, że wykładnia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie pozwala Zamawiającemu uwzględniać

61

doświadczenie i wiedzę podmiotów trzecich na potrzeby punktacji i ustalenia kolejności w rankingu wykonawców. Cel jak i brzmienie tego przepisu przesądzają o uprawnieniu posługiwania się przez wykonawców zasobami obcymi wyłączenie w celu spełnienia warunków minimalnych udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, na co również zwrócili uwagę Odwołujący, iż praktyka polegająca na uwzględnianiu przez Zamawiających wiedzy i doświadczenia (także innych zasobów) udostępnionych przez podmioty trzecie na potrzeby przyznawania punktów w ramach preeliminacji wykonawców w postępowaniach dwuetapowych może skutkować swoistą patologią, polegającą na tym, że niektórzy wykonawcy, którzy nigdy nie uczestniczyli w dużych projektach i nie mają w ich realizacji żadnego doświadczenia zostają zaproszeni do złożenia oferty, gdyż uzyskują niejako na cudzym doświadczeniu punktację lepszą od wykonawców posługujących się, na potrzeby punktacji, wyłącznie własnym doświadczeniem.

W efekcie prowadzić doprowadzić to może do sytuacji skrajnych, i skutkować tym, że zaproszenie do złożenia ofert może uzyskać wykonawca który nie ma żadnego własnego doświadczenia, i pod znakiem zapytania stawiać będą jego umiejętności co do rzetelnego zrealizowania zamówienia."

Powyższe stanowisko znalazło także swoje odzwierciedlenie w

- orzecznictwie KIO:

Np. wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1549/11, KIO 1569/11, wyrok KIO z dnia listopada 2010r., sygn. akt KIO 2287/10, 2307/10, wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011, sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11, wyrok KIO 9 listopada 2010 r., KIO 2359/10

- stanowisku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - Informator 11/2011:

„ (...) na gruncie wykładni literalnej, jak też celowościowej powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Innymi słowy, zamawiający - w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym, niż wynika to z innych podmiotów, w trybie art. 26 ust. 2b w postępowaniach z uprzednią kwalifikacją wykonawców z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny

62

spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami."

- stanowisku przedstawicieli doktryny - m.in. artykuł dr Janusza Doleckiego „Korzystanie z doświadczenia innych podmiotów, w trybie art. 26 ust. 2b, w postępowaniach z uprzednią kwalifikacją wykonawców" opublikowany w czasopiśmie „Zamówienia Publiczne - Doradca".

Zamawiający odnosił się do jeszcze jednej konkluzji zawartej w treści odwołania. Odwołujący w celu uwiarygodnienia swojej tezy wskazuje na hipotetyczny przykład w którym, przy przyjęciu stanowiska Zamawiającego „zaistniałaby paradoksalna sytuacja, w której wyżej premiovany byłby wykonawca, który sam wykonał np. jedno zamówienie i jednocześnie korzystał będzie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, który wykonał dwa zamówienia, niż wykonawca, który współpracuje z podmiotem trzecim, który wykonał dziesięć referencyjnych zamówień bądź z dwoma podmiotami trzecimi, którzy posiadają największe doświadczenia na rynku i pochwalić się mogą w sumie kilkudziesięcioma wykonanymi zamówieniami.” Tymczasem, gdyby uwzględnić przedmiotowe odwołanie doszłoby do o wiele bardziej kuriozalnej sytuacji, w której Odwołujący mimo iż nie ma żadnego własnego doświadczenia oceniony zostałby wyżej niż Wykonawca (Konsorcjum którego liderem jest POL-AQUA S.A.) posiadający własne doświadczenie w realizacji 20 zamówień. Co więcej Odwołujący oceniony byłby wyżej niż podmioty, składające własne wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a z których doświadczenia Odwołujący korzysta (Konsorcjum Siemens i Konsorcjum GE).

Na zakończenie rozważań Zamawiający wskazywał na jeszcze jeden aspekt związany bezpośrednio z przedmiotem zamówienia. Zaistniała w tym postępowaniu sytuacja pozyskiwania od podmiotów trzecich „pakietów zdolności technicznych” o pokrywających się zakresach (Siemens i GE) stawia firmy o doświadczeniu własnym, będących jednocześnie wytwórcami podstawowych urządzeń (turbiny gazowych) w niekorzystnej sytuacji, ponieważ faktycznie nie mają oni możliwości pozyskiwania dodatkowych „zdolności technicznych” od konkurentów. Przyjęcie przez Zamawiającego wszystkich referencji (własnych i jak i podmiotów trzecich) spowodowałoby wyeliminowanie Wykonawców, którzy nie bazują na podwójnych referencjach na ten sam zakres (ze względu na kwalifikację wg sumy mocy elektrycznej bloków i turbin gazowych). W takiej sytuacji do następnego etapu postępowania zakwalifikowani byłiby Wykonawcy bez własnego doświadczenia, którzy nie byłiby również zobowiązani

63

do korzystania z doświadczenia wszystkich podmiotów trzecich, na których doświadczeniu bazują (ze względu na swobodę, wynikająca z przyczyn technologicznych związanych z realizacją umowy, w doborze podwykonawców, tj. Siemensu albo GE na etapie składania oferty), do czego Zamawiający nie chce dopuścić.

Z powyższych wywodów zdaniem Zamawiającego wynika niezbicie, iż decyzja Zamawiającego o nieprzyznawaniu punktów za realizację wykonaną przez podmioty trzecie była ze wszechmiar uzasadniona.

2. Zarzut dotyczący przyjęcia na etapie oceny wniosków o udział w postępowaniu dowolnych kryteriów punktacji, innych niż te wskazane w Ogłoszeniu o zamówieniu

Zdaniem Odwołującego „Zamawiający w treści ogłoszenia mógł ukształtować sposób punktacji tak, aby premiovane były doświadczenia własne, względem podmiotów trzecich. Wydaje się, że Zamawiający byłby uprawniony nawet do ustalenia, że powołane, cudze doświadczenia, nie uzyskiwałyby punktów w rankingu, pod warunkiem wszak, że zasada ta sformułowana zostałaby przejrzysto w ogłoszeniu. (...) Zamawiający (...) wskazał sposób punktacji wniosków, odwołując się do warunków udziału w postępowaniu, opisanych w sekcji III 2.3. Ogłoszenia (a więc tych samych, które opisane zostały jako minimalne), nie różnicując tych warunków w żaden sposób w szczególności nie dając żadnego asumptu nawet do domysłów, że doświadczenie które nie jest własne nie będzie punktowane. Zatem uznać trzeba, że Zamawiający dokonał punktacji niezgodnie z własnym Ogłoszeniem (...)”

Z powyższymi twierdzeniami nie sposób się zgodzić, bowiem, jak zostało to już wskazane w wyroku KIO z dnia 17 lutego 2012 r. (sygn. akt 232/12) przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie ma charakteru dyspozytywnego i zakres jego zastosowania nie zależy od decyzji Zamawiającego ujawnionej w treści Ogłoszenia. Tym samym niewskazanie w treści ogłoszenia o zamówieniu, iż na potrzeby punktacji Zamawiający uwzględniać będzie wyłącznie doświadczenie własne, nie skutkuje niedopuszczalnością takiej oceny przez Zamawiającego, skoro znajduje ona bezpośrednie oparcie w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający wskazuje ponadto, iż jeśli by nawet byłby, w świetle obowiązujących przepisów, uprawniony do ustalania czy „powołane, cudze doświadczenia” mogą czy też nie mogą być brane pod uwagę przy ustalaniu punktacji w rankingu to brak wskazania w Ogłoszeniu takiej możliwości winien przemawiać za brakiem takiej możliwości. Wskazuje na to art. 53 ust. 5 dyrektywy

stanowiąc, iż: *"Jeżeli kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w ust. 2, obejmują wymogi odnoszące się do możliwości technicznych lub zawodowych wykonawcy, wówczas w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami."* Przepis tej dyrektywy wskazuje iż możliwość kwalifikacji opierająca się na zdolnościach technicznych lub zawodowych innego podmiotu ograniczona jest do uzasadnionych przypadków co oznacza iż jest to wyjątek od reguły. Co do zasady zatem podmioty nie mogą powoływać się przy kwalifikacji na zasoby techniczne lub zawodowe innego podmiotu. Zamawiający chcąc skorzystać z ww. możliwości winien precyzyjnie wskazać na taką możliwość w ogłoszeniu (wynika to z zasady iż wyjątki nie mogą być interpretowane rozszerzająco).

3. Zarzut dotyczący przyznania Konsorcjum Abener punktów za zamówienia nie kwalifikujące się jako zamówienia o których mowa w sekcji III. 2. 3 pkt 1 ppkt a) oraz przyznania punktów za zamówienia, które obarczone były brakami formalnym

Zamawiający za zamówienia spełniające wymagania opisane w Sekcji III.2.3 pkt 1a) Ogłoszenia o zamówieniu przyjął następujące pięć zamówienia:

- Ain Beni Mathar - świadectwo odbioru tymczasowego,
 - Emilio Portes Gil Thermal Power Station - potwierdzenie wstępnego odbioru - podważane przez Odwołującego (modernizacja);
 - **Hermosillo Thermal Power Station** - list referencyjny - podważane przez Odwołującego (modernizacja);
 - **El Sauz Thermal Power Station** - list referencyjny - podważane przez Odwołującego (modernizacja);
 - Bahia de Bizcaia Thermal Power Plant - list referencyjny - podważane przez Odwołującego (inwestycja nie wykonana przez żadnego z członków Konsorcjum Abener).
- Podstawą do uznania przez Zamawiającego tych referencji jako spełniające wymagania Ogłoszenia było oświadczenie Konsorcjum Abener we wniosku na stronach 30-35, gdzie oświadczał, że wykonał wymienione zamówienia i podał niezbędne dane wymagane w Ogłoszeniu oraz na podstawie poświadczeń o należyтым wykonaniu tych zamówień przedstawionych we wniosku.
- na stronach 49-50 – dla zadania Ain Beni Mathar,

- na stronach 74-84- dla zadania Emilio Portes Gil Thermal Power Station,
 - na stronach 93-95 – dla zadania Hermosillo Thermal Power Station (w referencjach wskazano jako jednego z wykonawców spółkę Abener Energia SA),
 - na stronie 97 dla zadania El Sauz Thermal Power Stadion,
- na stronach 102-105 dla zadania Bahia de Bizcaia Thermal Power Plant.
- Analizując jednak jeszcze raz informacje zamieszczone we wniosku Konsorcjum Abener, Zamawiający dochodził do wniosku, iż jedynie zadania:

- Hermosillo Thermal Power Stadion,
- El Sauz Thermal Power Stadion

właściwie potwierdzają spełnianie przedmiotowego warunku (Seksja III.2.3) pkt 1a) Ogłoszenia. Obejmują one właściwy zakres, a także co wynika z referencji, były wykonane przez Wykonawcę. Natomiast w odniesieniu do zarzutu, iż zadanie Bahia de Bizcaia Thermal Power Plant nie zostało wykonane przez Konsorcjum Abener (co wynika z przedłożonych referencji), Zamawiający przyznaje, że wynika z nich, iż wykonawcą nie była żadna z firm tworzących w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum Abener. Podobnie, jeśli chodzi o nie kwestionowane zadanie Ain Beni Mathar. Zamawiający przyznawał też, iż potwierdził się zarzut, iż z referencji wynika zbyt wąski zakres dla zadania Emilio Portes Gil Thermal Power Station (realizacja obejmowała tylko część bloku gazowo-

parowego w zakresie układu odzysku ciepła). W związku z tym niezbędne jest uwzględnienie odwołania w zakresie potwierdzonych zarzutów i powtórzenie czynności oceny wniosku Konsorcjum Abener z zastosowaniem procedury wyjaśnienia sprzeczności pomiędzy oświadczeniem Wykonawcy a treścią referencji.

Zamawiający wycofał się ze swojego stanowiska w zakresie uwzględnienia w toku postępowania odwoławczego po otrzymaniu poniższego pisma Konsorcjum Abener z 6 czerwca 2012 r.

Konsorcjum Abener w związku z przystąpieniem do odwołania po stronie Zamawiającego złożyło pismo z 6 czerwca 2012 r. przedstawiające argumentację Konsorcjum Abener będącą polemiką ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Odwołującego w odwołaniu. Konsorcjum Abener wskazywało na nieuprawniony zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy ocenie wniosku Konsorcjum Abener poprzez przyznanie punktów za zamówienia nie kwalifikujące się jako zamówienia, o których mowa w Sekcji III.2.3) pkt 1 66

ppkt a) Ogłoszenia o zamówieniu oraz przyznanie punktów za zamówienia, które obarczone były brakami formalnymi, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 57 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający dokonał błędnej oceny wniosku Konsorcjum Abener uznając, iż zamówienie dotyczące projektu Emilio Portes Gil Thermal Power Station nie spełnia warunków określonych w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie Odwołującego, projekt Emilio Portes Gil Thermal Power Station nie powinien podlegać klasyfikacji w ramach zdolności technicznej, a uwzględnienie wyżej wymienionego zamówienia jest naruszeniem warunku równego traktowania wykonawców, stanowi uprzywilejowanie jednego z wykonawców, który w miejsce warunku wiążącego wszystkich, wykazał się zupełnie innym. Odwołujący również podnosił, iż zamówienia dotyczące projektów Ain Beni Mathar oraz Bahia de Vizcaya nie są poparte referencjami inwestorów, ani innym dokumentem potwierdzającym, że zamówienia zostały prawidłowo wykonane, a listy referencyjne załączone do wykazu wskazują inny podmiot niż Konsorcjum Abener ponieważ odnoszą się do firmy Abengoa S.A. W ocenie Odwołującego brak było podstaw do zaliczenia i punktowania wyżej wymienionych zamówień.

Konsorcjum Abener wskazywało, iż zarzuty Odwołującego dotyczące Projektu Emilio Portes Gil Thermal Power Station (Meksyk) są bezzasadne. Zamawiający w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia o zamówieniu wymagał, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem w zakresie budowy bloku gazowo - parowego w formule "pod klucz". W ramach tych doświadczeń wykonawca powinien wykazać się realizacją w oparciu o odpowiednie systemy zarządzania zamówień, których zakres przedmiotowy obejmował: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż, i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo - parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto w okresie ostatnich dziesięciu lat. Zakres wymaganego doświadczenia został określony przez Zamawiającego w pierwszej kolejności poprzez użycie pojęcia "budowy" bloku gazowo - parowego. Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie zdefiniował tego pojęcia w Ogłoszeniu o zamówieniu, definicji jego nie ma również w ustawie Pzp. Dla ustalenia jego znaczenia zasadne wydaje się odwołanie do ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku - Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.), w ramach której pojęcie budowy zostało zdefiniowane jako *wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego*. Zgodnie z powyższą definicją w wyniku budowy powstaje zawsze nowa substancja budowlana - obiekt budowlany lub jego część (patrz. Robert Dziwiński, Paweł Ziemiński, Prawo budowlane. Komentarz, ABC, 2006, wydanie II). Nowa substancja

67

budowlana powstaje również w wyniku rozbudowy, która jak wynika z treści art. 3 pkt. 6 Prawa budowlanego mieści się w definicji pojęcia budowy. Rozbudowa polega na zmianie charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, takich jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość (patrz, wyrok NSA z dnia 6 września

2007 r., sygn. akt. II OSK 1180/2006, wyrok WSA w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt. II SA/Po 530/2007, wyrok WSA w Białymstoku z dnia 21 listopada 2006 r., sygn. akt II SA/Bk 428/2006, podobnie wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 10 października 2007 r. UZP/ZO/0-1204/07). W konsekwencji przyjąć należy, że Zamawiający opisując wymagania w zakresie kwalifikacji technicznych w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia o zamówieniu akceptował więc zarówno doświadczenia polegające na budowie bloku gazowo - parowego od nowa, jak również polegające na jego rozbudowie. W żaden sposób nie może dyskwalifikować doświadczenia Konsorcjum Abener fakt, iż w przedmiotowych projektach dokonywał rozbudowy istniejącej instalacji i wykonania kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo - parowego przy użyciu zastanych urządzeń. Wskazać w tym miejscu należy, że w żadnym z fragmentów Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający nie formułuje warunku dostarczenia przez wykonawców wszystkich elementów bloku, a jedynie wykonanie i oddanie do eksploatacji kompletnego bloku gazowo - parowego. Istotne w tym zakresie było to, czy w ramach prac polegających na rozbudowie, zakres zadań obejmował: *zaprojektowanie, dostarczenie, montaż, uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo - parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto*.

W ramach wyżej zakwestionowanego przez Odwołującego projektu Emilio Portes Gil Thermal Power Station wymagany przez Zamawiającego zakres prac został wykonany, stąd zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zakres prac w ramach projektu Emilio Portes Gil Thermal Power Station (Meksyk) sprowadzał się po pierwsze do zaprojektowania rozbudowy instalacji zastanej na kompletny kogeneracyjny blok gazowo - parowy. Po drugie na wykonaniu rozbudowy, która w największym uogólnieniu sprowadzała się między innymi do:

- a) usadowienia nowych budowli na terenie elektrociepłowni w tym kotła odzyskowego (rekuperatora ciepła) (instalacji kubaturowo wielokrotnie przewyższającej kontener w którym znajdowała się istniejąca instalacja turbiny gazowej), rurociągów itd.
- b) wybudowana tzw. zimnego komina, służącego do wyprowadzanie spalin z kotła odzyskowego (który przewyższał dotychczasowy komin, który następnie w ramach projektu podlegał rozbiórce albo zaślepieniu i odcięciu od systemu).

68

c) zainstalowania (montażu) urządzeń i systemów niezbędnych do budowy i funkcjonowania bloku parowo gazowego w tym w szczególności, pomp wody, systemów rurociągów wraz z wszelkimi urządzeniami i układami pomocniczymi, zintegrowanie ich z istniejącymi systemami w elektrowni. Fakt istnienia zastanej, przestarzałej infrastruktury wiązał się również z dokonywaniem rozbiórek istniejących instalacji, zmianą układu sterowania, dokonaniem prac koniecznych do dostosowania dotychczasowych układów do pracy w nowym układzie a także z modernizacją turbin.

Po trzecie przedmiotem zamówienia było dostarczenie urządzeń niezbędnych do wykonania bloku gazowo - parowego w tym rekuperatora ciepła wraz z wszelkimi urządzeniami i układami pomocniczymi.

Na skutek tych prac powstał kompletny blok gazowo - parowy w formule pod klucz opalany gazem ziemnym. W ramach tego projektu wykonano prace polegające na zaprojektowaniu, dostarczeniu, montażu, i uruchomieniu zakończonym przyjęciem do eksploatacji kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo - parowego opalanego gazem ziemnym.

Odnosząc powyższe do zarzutów Odwołującego wskazać należy, że o ile zastana infrastruktura obejmowała zarówno turbinę gazową jak i turbiny parowe, niemniej wykonanie zamówienia wiązało się z rozbudową tej infrastruktury sprowadzającą się do budowy nowej substancji budowlanej w postaci budowli z jednej strony istotnie zwiększających kubaturę dotychczasowej instalacji i z drugiej niezbędnej do budowy i funkcjonowania bloku gazowo - parowego. Oczywiście, jak wskazano wyżej, wiązało się to z również z pracami polegającymi na zintegrowaniu urządzeń zastanych z urządzeniami i systemami zainstalowanymi w toku wykonaniu projektu w tym wiązało się to z koniecznością modernizacji przestarzałych turbin.

Ponadto Konsorcjum Abener nie przeczyło okoliczności, iż referencje dotyczące projektów Ain Beni Mathar oraz Bahia de Vizcaya zostały wystawione przez ostatecznego odbiorcę tych Projektów na rzecz Abengoa S.A. Przystępujący nie przeczy, iż z wykazu Projektów zamieszczonego na stronach 29-35 wniosku Przystępującego wynika, że Projekty zostały zrealizowane przez Abener S.A. Jednocześnie należy podkreślić, iż wyłącznym

celem załączania referencji jest wykazanie, iż roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i należyte ukończone. Powyższa okoliczność znajduje potwierdzenie w treści par. 1 ust. 1 punkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej "rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów"). Referencje nie służą wskazaniu, jaki podmiot wykonał

69

roboty budowlane objęte referencjami. Dla oceny powyższej okoliczności podstawowe znaczenie ma wykaz robót budowlanych sporządzony przez wykonawcę. Powyższa wykładania znajduje uzasadnienie w treści orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w tym w szczególności:

Orzeczenie KIO z dnia 26.03.2012 r. (sygn. akt KIO 514/12): *"Referencje, ani inne dokumenty, na potwierdzenie realizacji zamówień, nie muszą podawać ich wartość, ani nawet dokładnego opisu, ponieważ ich zadaniem - jest udokumentowanie przez wykonawcę składającego ofertę, należytego wywiązywania się z realizacji umów o zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia - w przetargach, w których uczestniczył poprzednio, lub przy realizacji takich zamówień na rzecz odbiorców niepolegających przepisom p.z.p."*

Orzeczenie KIO z dnia 26.04.2011 r. (sygn. akt KIO 744/11): *"Referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu, bowiem ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie, że usługi zostały zrealizowane. Podkreślić w tym miejscu również należy, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału a także aby wynikały z nich wskazany przez uczestnika postępowania odwoławczego katalog informacji."*

Orzeczenie KIO z dnia 6.08.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1537/10): *"Wykaz jest oświadczeniem wiedzy i woli wykonawcy potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a załączane do nich referencje mogą potwierdzać jedynie należyte wykonanie umów ujętych w tym wykazie"*.

Z treści referencji dotyczących Projektów Ain Beni Mathar oraz Bahia de Vizcaya (strona 49-53 oraz 98-105 wniosku) wynika, że Projekty zostały wykonane w sposób zgodny ze sztuką budowlaną, a tym samym załączone referencje spełniają cel, któremu służą przedmiotowe dokumenty - zgodnie z wskazanym par. 1 ust. 1 punkt 2 Rozporządzenia. Z treści wykazu zamieszczonego na stronach 29-35 wniosku Konsorcjum Abener wynika w sposób jednoznaczny, że Projekty Ain Beni Mathar oraz Bahia de Vizcaya zostały wykonane przez Abener S.A. Wykaz, który stanowi formę oświadczenia Abener potwierdza tym samym, że Abener S.A. był rzeczywistym wykonawcą robót których dotyczyły referencje. Wykaz jako oświadczenie Abener S.A. (a nie załączone referencje) ma decydujące znaczenie dla oceny, jaki podmiot wykonał roboty budowlane objęte Projektami. Należy podkreślić, iż Odwołujący nie wykazał, jakoby Projekty były w rzeczywistości wykonywane przez inne podmioty, w tym

70

Abengoa S.A. (na rzecz której referencje wystawił podmiot będący ostatecznym odbiorcą Projektów). Mając na uwadze powyższe należy dojść do wniosku, że zarówno referencje, jak również wykazy o których mowa powyżej zostały sporządzone w sposób prawidłowy i odpowiadają celom, którym mają służyć. W szczególności wskazane dokumenty potwierdzają, że Projekty zrealizował Abener S.A., a także że Projekty zostały ukończone i wykonane w sposób prawidłowy. Niezależnie od powyższego Konsorcjum Abener wyjaśniało, iż Abener S.A. jest spółką wchodzącą w skład grupy Abengoa S.A. Referencje dotyczące Projektów, o których mowa powyżej zostały wystawione na rzecz Abengoa S.A. Jednakże roboty w zakresie wymagany w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia o zamówieniu zostały faktycznie zrealizowane przez Abener (Dowód: Dokument zawierający oświadczenia Abengoa S.A. z dnia 28.05.2012 r.).

W odniesieniu do nieuprawnionego zdaniem Konsorcjum Abener zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 2b w związku z art. 57 ust. 1 i 3 oraz, art. 26 ust. 3 i 4 w związku z art. 57 ust. 1 i 3, a także art. 57 ust. 1 i 3 w związku z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie błędnej oceny wniosku o

dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego, a także nieuprawnionego zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez różne traktowanie wykonawców legitymujących się własnymi zasobami w zakresie zdolności technicznej oraz wykonawców legitymujących się udostępnionymi zasobami zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz poprzez przyjęcie na etapie oceny wniosków dowolnych kryteriów punktacji, innych niż wskazane w Ogłoszeniu o zamówieniu, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z. art. 22 ust. 3 i art. 57 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Konsorcjum Abener zauważało, co następuje.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający dokonał oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wbrew treści Ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie Odwołującego zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki posiadania wiedzy i doświadczenia, a przepis art. 22 ust. 3 PZP obowiązuje zamawiającego do zamieszczenia opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ogłoszeniu o zamówieniu. W celu udowodnienia powyższej tezy Odwołujący przytacza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący reprezentował stanowisko, iż Zamawiający nie ukształtował w treści Ogłoszenia o zamówieniu sposobu punktacji tak, aby premiowane były doświadczenia własne, względem doświadczeń podmiotów trzecich. Odwołujący w celu udowodnienia swojej tezy wskazuje na fakt, iż Zamawiający w sekcji VI pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu wyraził zasadę, zgodnie z którą wykonawcy mogą polegać na wiedzy, doświadczeniu i potencjale technicznym

71

podmiotów trzecich. Powyższe konkluduje Odwołujący stwierdzeniem, iż Zamawiający w sposób sprzeczny z Ogłoszeniem o zamówieniu oraz z ustawą Pzp odmówił przyznania punktów zamówieniom, którymi wykazał się Odwołujący. Odwołujący kwestionował działanie Zamawiającego polegające na odmówieniu w niniejszym Postępowaniu punktowania zamówień, które nie są zamówieniami wykonanymi przez Odwołującego, a przez podmioty, które udostępniły Odwołującemu swoje zasoby wiedzy, doświadczenia i zdolności technicznej i zobowiązały się wziąć udział w zamówieniu.

Konsorcjum Abener kwestionowało stanowisko Odwołującego, z którego wynika, że obowiązkiem Zamawiającego było uwzględnienie zamówień realizowanych przez podmioty trzecie lub by taki obowiązek wynikał z treści Ogłoszenia o zamówieniu (mowa o podmiotach trzecich składających zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) - w toku przyznawania punktacji wnioskowi o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Bezsprzeczne jest, iż Zamawiający dopuścił możliwość polegania przez wykonawców na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich w treści punktu VI. 3) Ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie Zamawiający nie wskazał w treści Ogłoszenia o zamówieniu, iż dokonując oceny wniosków (w zakresie przyznania dodatkowej punktacji) będzie również uwzględniał wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich. O ile w treści Ogłoszenia o zamówieniu nie wskazano inaczej, Zamawiający nie był uprawniony brać pod uwagę zamówień zrealizowanych przez podmioty trzecie w toku procedury przyznawania punktacji poszczególnym wnioskowi. Ustawodawca dopuścił możliwość posługiwania się wiedzą oraz doświadczeniem podmiotów trzecich, jednakże wyłącznie na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższa możliwość wynika bezpośrednio z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jednocześnie należy wskazać, iż powyższy przepis dotyczy wyłącznie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie zaś oceny punktowej wniosków. Świadczy o tym zarówno wykładnia językowa, jak również funkcjonalna wskazanego przepisu. W tym miejscu warto podkreślić, iż cały przepis tj. art. 26 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie kwestii dokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 22 ustawy Pzp podmiotem, który powinien spełnić warunki udziału w postępowaniu jest wykonawca. Wykonawca powinien spełnić warunki we własnym zakresie, opierając się na zdobytej wiedzy i doświadczeniu, a także na własnym potencjale osobowym oraz technicznym. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi wyjątek od powyższej zasady, umożliwiając wykonawcy skorzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich. Jako wyjątek wskazany przepis nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Zważywszy, iż ustawodawca ograniczył zastosowanie przedmiotowego przepisu wyłącznie do możliwości potwierdzenia spełnienia

72

warunków udziału w postępowaniu, wiedza i doświadczenie podmiotów trzecich nie może być wykorzystane dla potrzeb przyznania dodatkowej punktacji wniosków. Zamówienia zrealizowane przez podmioty trzecie, na które powołuje się Odwołujący i z tytułu wykonania których żąda przyznania dodatkowej punktacji wychodzą poza zakres przedmiotowy art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż nie są one niezbędne dla potwierdzenia przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (brak wskazania przedmiotowych zamówień nie spowodowałby wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu). Ocena wniosków w zakresie przyznania dodatkowej punktacji, o której mowa w art. 51 ustawy Pzp jest osobnym etapem Postępowania w stosunku do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Celem oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest dokonanie badania, czy dany wykonawca może w ogóle zostać dopuszczony do wzięcia udziału w postępowaniu. Natomiast celem oceny punktowej jest dokonanie klasyfikacji wniosków od najlepszego do najgorszego oraz wskazanie, którzy z wykonawców mogą zostać dopuszczeni do dalszego etapu postępowania. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z racji jego umiejscowienia w ramach przepisów ustawy Pzp dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu może służyć wyłącznie pierwszemu ze wskazanych celów. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp został wprowadzony do polskiego systemu prawa zamówień publicznych w następstwie implementacji art. 47 oraz 48 Dyrektywy 2004/18/WE. Wskazane przepisy Dyrektywy dotyczą wyłącznie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zamieszczone zostały w Rozdziale dotyczącym "kwalifikacji podmiotowej"), nie zaś oceny punktowej wniosków. Wskazane stanowisko Konsorcjum Abener znajduje odzwierciedlenie w bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym w szczególności w treści: Orzeczenia rozszerzonego składu KIO z dnia 6.11.2011 r. (sygn. akt. 2283/11). zgodnie z którym: *"Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu podmiot trzeci udostępnia zasoby „niezbędne” do realizacji zamówienia, czyli takie bez których realizacja zamówienia nie jest możliwa. Zatem należy przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert czyli do tzw. „zawyżania punktacji”. Odmienne interpretacja i dopuszczenie możliwości „użyczania” sobie wzajemnie zasobów przez wykonawców jedynie dla „zawyżania punktacji” i wyeliminowania konkurencji, mogłaby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa przepis art. 26 ust. 2 b, a jest nim zwiększenie konkurencyjności podmiotów, biorących udział w postępowaniu przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu".*

73

Orzeczenia rozszerzonego składu KIO z dnia 5.03.2012 r. (sygn. akt. KIO 331/12), zgodnie z którym: *"W niniejszym stanie faktycznym Izba przychyliła się do stanowisk Odwołujących, że przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie jest dopuszczalne powołanie się na doświadczenie innego podmiotu, jeżeli to miałoby służyć wyłącznie otrzymaniu przez danego wykonawcę większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców. Izba wzięła pod uwagę argumentację, że wykładnia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie pozwala Zamawiającemu uwzględniać doświadczenie i wiedzę podmiotów trzecich na potrzeby punktacji i ustalenia kolejności w rankingu wykonawców. Cel jak i brzmienie tego przepisu przesądzają o uprawnieniu posługiwania się przez wykonawców zasobami obcymi wyłącznie w celu spełnienia warunków minimalnych udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, na co również zwrócili uwagę Odwołujący, iż praktyka polegająca na uwzględnianiu przez Zamawiających wiedzy i doświadczenia (a także innych zasobów) udostępnionych przez podmioty trzecie na potrzeby przyznawania punktów w ramach preeliminacji wykonawców w postępowaniach dwuetapowych może skutkować swoistą patologią, polegającą na tym, że niektórzy wykonawcy, którzy nigdy nie uczestniczyli w dużych projektach i nie mają w ich realizacji żadnego doświadczenia zostają zaproszeni do złożenia oferty, gdyż uzyskują niejako na cudzym doświadczeniu punktację lepszą od wykonawców posługujących się, na potrzeby punktacji, wyłącznie własnym doświadczeniem".*

Konsorcjum Abener podnosiło, iż jego stanowisko znajduje dodatkowe potwierdzenie w

opiniach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w tym w szczególności w opinii wyrażonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych numer 11/2011, zgodnie z którą: " ... zamawiający - w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym, niż wynika to z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami."

74

Brak możliwości punktowania doświadczenia oraz wiedzy udostępnionej przez podmiot trzeci potwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 lutego 2011 roku (sygn. akt. V Ca 3036/10).

Mając na uwadze opisane okoliczności zdaniem Konsorcjum Abener zarzut podniesiony przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Konsorcjum MCE-Babcock-BHR - przystępujący do postępowania odwoławczego - wniósł pismo procesowe zawierające dodatkową argumentację (pismo z 6 czerwca 2012 r.) zbieżne w swojej treści z pismem złożonym i omówionym powyżej w sprawie KIO 1010/12.

Odwołujący wniósł pismo z 13 czerwca 2012 r., w którym podtrzymał zarzuty oraz wnioski zawarte w odwołaniu, powołując się na przytoczoną tamże szeroką odwołujący argumentację. Niezależnie powyższego, rozszerzył swoją argumentację względem uzasadnienia przedłożonego po ocenie wniosków, Odwołujący odnosił się do wyводу Zamawiającego. Zamawiający przytacza stanowisko składu Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w jednym z postępowań (sygn. KIO 232/12) przyjmując za swoje. Stanowisko to opiera się o kolejne orzeczenia KIO, które nie pozostają spójne ze stanowiskiem Zamawiającego zajętym podczas oceny wniosków. W ocenie Odwołującego przyjęcie poglądów zaprezentowanych w odpowiedzi na odwołanie obliuguje Zamawiającego do podjęcia czynności zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zgadza się z twierdzeniem, że „zamawiający przy zachowaniu elementarnych zasad równego traktowania wykonawców uczciwej konkurencji ma pewną swobodę w ustalaniu sposobu przyznawania punktów złożonym wnioskowi - w celu wyłonienia grupy wykonawców, do których wystosuje zaproszenie". Zamawiający powołuje się bowiem na wyrok KIO z 3 sierpnia 2011 roku sygn. akt. KIO 1549/11, KIO 1569/11. Orzeczenie to zapadło wskutek zaskarżenia treści ogłoszenia o zamówieniu, w którym to ogłoszeniu zamawiający ustalili zasadę, że punktować będzie wyłącznie własne referencje, nie będzie zaś przyznawał punktów referencjom udostępnionym. KIO uznała, że w tamtym postępowaniu zamawiający uprawniony był do takiego ukształtowania warunków konkurencji. Odwołujący zgadza się z tym rozstrzygnięciem. Zamawiający cytuję fragment orzeczenia KIO, które pozostaje w całkowitej zgodzie z twierdzeniami Odwołującego:

„Warunki, których ocena spełniania będzie podlegała wartościowaniu powinny być wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający powinien bowiem podać spełnianie których warunków ma dla niego większe znaczenie oraz w jaki sposób będzie oceniał spełnianie w większym lub mniejszym stopniu". Określony warunek ma więc przypisaną

75

wagę. (...) Regulacja zawarta w przepisie (art. 51 ustawy Pzp) służy więc innemu celowi niż regulacja zawarta w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Przepis ten (art. 51 ustawy Pzp) pozwala bowiem dokonać oceny w celu dopuszczalnego przewidzianego treścią ogłoszenia zawężenia listy wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu na podstawie pewnego kryterium, którym będzie jeden lub więcej warunków udziału w postępowaniu, a kształtowaniu którego ustawodawca pozostawił zamawiającemu względną swobodę."

Z powyższego w sposób bezpośredni i niebudzący wątpliwości wynika, że zasadny jest

zarzut nr 1 (w kontekście naruszenia prawa opisanego w podpunkcie b) oraz zarzut nr 2 odwołania. Zamawiający mógł ukształtować treść Ogłoszenia w taki sposób, że jako podstawę kryterium tworzenia rankingu przyjąłby wyłącznie własne zdolności techniczne (tak jak uczynił to zamawiający w orzeczeniu i co KIO zaaprobowala). Jednak w niniejszym Postępowaniu Zamawiający tego nie uczynił, nie wprowadził wyżej opisanego zapisu do treści Ogłoszenia. Przyjmując na obecnym etapie zasadę, że punktowaniu podlegają wyłącznie własne doświadczenia, Zamawiający rażąco narusza przepisy ustawy Pzp (art. 57 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp), ponieważ dokonuje oceny wniosków w sposób niezgodny z ogłoszeniem. Dodatkowo, Zamawiający na potwierdzenie swojego stanowiska odnosi się do zapisów tzw. dyrektywy sektorowej (Dyrektywa 2004/17/WE). W ocenie Odwołującego także owa dyrektywa podkreśla prawo Zamawiającego określenia kryteriów budowy rankingu, jeśli Zamawiający decyduje się ograniczyć krąg kandydatów pretendujących do udziału w postępowaniu. Odpowiednim uregulowaniem w tej mierze jest art. 54 (nie zaś 53) dyrektywy sektorowej, który w ustępie 2 stanowi, że podmioty zamawiające, które dokonują kwalifikacji kandydatów, którzy będą składać oferty w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej, dokonują tego zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami, które same określiły i które są dostępne dla zainteresowanych wykonawców. W procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej, podstawą stosowania tego rodzaju kryteriów może być obiektywna potrzeba podmiotu zamawiającego zmniejszenia liczby kandydatów do takiego poziomu, który zapewnia równowagę pomiędzy konkretnymi cechami danej procedury udzielania zamówienia a środkami niezbędnymi do jej przeprowadzenia. Liczba zakwalifikowanych kandydatów powinna jednak zapewniać odpowiedni poziom konkurencji (art. 54 ust. 3). Jeżeli kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w ust. 1 i 2, obejmują wymogi odnoszące się do możliwości technicznych lub zawodowych wykonawcy, wówczas w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi udowodnić podmiotowi zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład zobowiązanie tych podmiotów, zgodnie z którym udostępnią mu one

76

te zasoby. Na tych samych zasadach grupa wykonawców, o której mowa w art. 11, może polegać na możliwościach uczestników swojej grupy lub na możliwościach innych podmiotów (art. 54 ust. 6). Podkreślenia wymaga, że zacytowane zapisy tworzą jednolitą regulację zawartą w jednym artykule, który w przejrzysty sposób wyjaśnia, że procedura kwalifikacyjna może opierać się o kryteria, które pozwolą ograniczyć liczbę ubiegających się podmiotów o zamówienie -kandydatów. Jeśli te kryteria odnoszą się do możliwości technicznych lub zawodowych -wykonawcy mogą opierać się na możliwościach innych podmiotów, przy czym konieczne jest udowodnienie, że możliwość oparcia się o cudze zasoby będzie skuteczna przez cały okres ważności systemu kwalifikowania. Przepis bez wątpienia zezwala na określenie przez zamawiającego kryteriów w taki sposób, aby wyłonić do etapu negocjacji tylko najlepsze, najbardziej odpowiednie z jego punktu widzenia podmioty, z tym że sposób kwalifikacji wynikać musi z obiektywnych zasad i kryteriów, które Zamawiający sam określił i które udostępnił wykonawcom na zasadach równego ich traktowania. A zatem to nie ustawa ani dyrektywa jest źródłem zakazu punktowania cudzych referencji; może nią być wyłącznie ogłoszenie pochodzące od Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego zupełnie niezrozumiałe jest odniesienie przez Zamawiającego pojęcia „uzasadnionych przypadków” do warunków minimalnych udziału w postępowaniu. W opinii Odwołującego ani art. 53 ani 54 dyrektywy nie odnoszą się do koncepcji warunków minimalnych oraz warunków rankingowych w rozumieniu jakim posługujemy się nimi na gruncie interpretacji ustawy Pzp (sama ustawa Pzp także się nimi nie posługuje). Przytoczony ust. 2 mówi o zasadach i kryteriach, które określa zamawiający i udostępnia dla zainteresowanych wykonawców, zaś ust. 3 mówi, że podstawą „tego rodzaju kryteriów” może być potrzeba ograniczenia liczby kandydatów, zatem zamawiający może tak ustalić owe kryteria, żeby ograniczyć liczbę kandydatów. Do tak ustalonych kryteriów zastosowanie ma ust. 6, który pozwala wykonawcy zdać się na możliwości innych podmiotów. „Uzasadnione przypadki” w takim kontekście odnieść więc można wyłącznie do przypadków, które są uzasadnione sytuacją wykonawcy - nie posiada on własnych zasobów w takim zakresie, jaki chciałby zastosować przy realizacji zamówienia. Można się zgodzić co najwyżej z tezą Zamawiającego, że powołanie się na cudze zasoby wykracza poza regułę, jednak brak jest powiązania „uzasadnionych przypadków” z treścią

ogłoszenia w zakresie zasad i kryteriów udziału w postępowaniu.

W kontekście powyższych uwag, opartych na orzecznictwie i regulacjach przytoczonych przez Zamawiającego, przypomnieć trzeba treść Ogłoszenia w zakresie określenia kryteriów rankingu. Zamawiający zgodnie ze swoim uprawnieniem, sformułował kryterium oceny wniosków dla stworzenia rankingu w punkcie VI.3 Informacje dodatkowe, gdzie w podpunkcie 1. Zamawiający podał, że:

77

„Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu w sposób jednoznaczny, 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, Wykonawca dostarczy również dokument/-y poświadczający/-e, że osoba/-y podpisujące zobowiązanie były do tego uprawnione.

Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów pod warunkiem, że udowodni zamawiającemu, iż podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia oraz nie podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienia publiczne przedstawiając w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty, o których mowa w Sekcji III.2.1 litera B punkt 1 bądź odpowiadające im dokumenty określone w pkt 2 i 3 tej sekcji. W sytuacji opisanej w niniejszym akapicie, Zamawiający będzie wymagał udziału podmiotów trzecich w negocjacjach w trakcie postępowania”. W kolejnym podpunkcie 2 Zamawiający wskazał, że do dalszego udziału w postępowaniu w przypadku gdy liczba wykonawców spełniających warunki będzie większa niż 5, dopuści wykonawców którzy uzyskają najwyższe oceny za spełnienie warunku zdolności technicznej określonej w sekcji III.2.3. Ogłoszenia. Warunek zdolności technicznej został przez Zamawiającego wymieniony w akapicie powyżej, jako ten, który może być przedmiotem udostępnienia. Dodatkowo Zamawiający, łącząc zdolność techniczną z wiedzą i doświadczeniem, uwarunkował poleganie na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego udziałem tego podmiotu w realizacji zamówienia. Tym samym Zamawiający wykroczył poza standardową regulację z art. 26 ust. 2 b. Podkreślić dodatkowo trzeba, że Zamawiający nie był zobowiązany do cytowania zasady z art. 26 ust. 2 b w Ogłoszeniu. Art. 48 ust.2 stosowany odpowiednio na podstawie art. 56 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga od Zamawiającego, aby wprowadzał tę zasadę do ogłoszenia, bowiem znajduje ona zastosowanie w postępowaniu niezależnie od jej powtórzenia w ogłoszeniu. Skoro tak, to uprawnionym jest przeświadczenie wykonawców, że umieszczenie takiego zapisu w tym samym punkcie co kryteria rankingu wykonawców, w formie wykraczającej poza żądanie dokumentów i wykraczającej poza brzmienie art. 26 ust 2 b, służyło potwierdzeniu rozumienia opisu kryterium budowy rankingu wniosków. Zdaniem Odwołującego podkreślenia wymaga jeszcze raz, że Ogłoszenie jest najważniejszą i jedyną czynnością Zamawiającego, na podstawie której wykonawcy podejmują decyzję o udziale w postępowaniu. Wykonawcy działają w zaufaniu do treści ogłoszenia, a ponieważ na tym etapie postępowania, co zaznaczył Zamawiający, nie ma możliwości

78

zadawania pytań, ogłoszenie powinno być precyzyjne, jednoznaczne, nie budzące wątpliwości, pozwalające na jego rozumienie wyłącznie literalnie (wyrok KIO z dnia 6 lutego 2012 KIO 133/12).

„Ponieważ w przetargu ograniczonym zamawiający jedynie na podstawie ogłoszenia będzie dokonywał kwalifikacji podmiotowej wykonawców, w ogłoszeniu powinien sprecyzować warunki zamówienia na tyle dokładnie, żeby wykonawca przed przystąpieniem do sporządzania oferty mógł zweryfikować, czy spełnia warunki. Ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2009-04-24, KIO/UZP 459/09).

„Wykonawcy powinni mieć szczegółową wiedzę na temat wymagań podmiotowych, które są dla

zamawiającego najbardziej istotne, oraz sposobu, w jaki będzie dokonywał klasyfikacji wykonawców w przypadku złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez większą liczbę wykonawców nie podlegających wykluczeniu niż zostało to określone przez zamawiającego. Niepewność wykonawców, co do sposobu ich klasyfikacji przez zamawiającego może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" (wyrok KIO z 2008-09-24 KIO/UZP 963/08).

Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie, do interpretacji czynności stron w zamówieniach publicznych, w tym postanowień ogłoszenia (oraz siwz) stosuje się art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, a zatem interpretacji należy dokonywać kierując się przede wszystkim jej bezpośrednim brzmieniem i najbardziej prawdopodobnym rozumieniem przez ogół odbiorców (tak odnośnie siwz wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. KIO/UZP 1648//09).

Decydujące znaczenie ma bowiem treść ogłoszenia skierowana do ogółu wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, zaś interpretacja jego treści powinna opierać się przede wszystkim na tekście dokumentu ogłoszenia (wyrok z dnia 8 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 390 /09). Zamawiający jest profesjonalnym podmiotem, który inwestycje swoje przeprowadza w trybie zamówień publicznych. Równolegle z niniejszym postępowaniem, Zamawiający prowadzi dwa inne postępowania (Budowa nowego bloku gazowo-parowego w PGE GiEK SA Oddział Elektrociepłownia Gorzów, nr ref FZ.290-43/11 oraz Budowa gazowo - parowego bloku kogeneracyjnego w PGE GiEK S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra - Elektrownia Pomorzany nr ref. FZ.290-42/11), w których wbrew swoim twierdzeniom, przyjął, że referencje udostępnione mogą wpływać na punktację i miejsce w rankingu

79

wykonawców, różnicując punktację za referencje udostępnione i referencje własne. Ze względu na podobny przedmiot zamówienia, postępowania te skierowane są do tego samego kręgu wykonawców. Zamawiający zdaje sobie sprawę, że kwestia stosowania art. 26 ust. 2 b w kontekście punktacji na potrzeby rankingu jest przedmiotem dyskusji i staje w tej dyskusji po różnych stronach. Z tego też względu, jeśli intencją Zamawiającego jest premiowanie wykonawców posiadających własne zdolności techniczne, winien kwestię tę wyraźnie wyartykułować w ogłoszeniu, tak jak uczynił to w postępowaniu FZ.290-43/11 oraz FZ.290-42/11. Przeciwnie podejście, to jest prezentacja interpretacji treści ogłoszenia oraz przepisów ustawy na etapie uzasadnienia oceny wniosków oraz postępowania odwoławczego stoi w sprzeczności z postulatem zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości działań Zamawiającego i działania w dobrej wierze. Skoro treść ogłoszenia podlega interpretacji cywilistycznej, nie bez znaczenia pozostają okoliczności, w których ogłoszenie się ukazało. Akceptacja przez Zamawiającego w dwóch innych postępowaniach referencji podmiotów trzecich uprawniała odwołującego do przyjęcia w kontekście tego konkretnego ogłoszenia, że zamawiający będzie punktował także referencje udostępnione. Skoro interpretacja ogłoszenia powinna być zgodna z „najbardziej prawdopodobnym rozumieniem przez ogół odbiorców” (wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. KIO/UZP 1648//09), to ilość wniesionych odwołań od wyników oceny wniosków potwierdza zasadność rozumienia tego ogłoszenia przez Odwołującego. Przesądzającym o rozumieniu intencji Zamawiającego jest także to, że spośród 15 wykonawców, aż 11 posłużyło się referencjami udostępnionymi. Odwołujący dodawał, że jeśli nawet Skład KIO nie podzieliłby argumentacji Odwołującego, to nie można zaprzeczyć, że treść Ogłoszenia wzbudziła wątpliwości, szczególnie biorąc pod uwagę treść ogłoszeń Zamawiającego dla równolegle przeprowadzanych przetargów. Orzecznictwo KIO także w tej mierze wypracowało uczciwą zasadę, zgodnie z którą istnienie wielu możliwości interpretacji postanowień ogłoszenia czy też SIWZ i okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy (wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 434/10).

Po drugie, przeciwko argumentacji Zamawiającego stoi także inne orzeczenie przez Niego przywołane, a mianowicie wyrok KIO z dnia 9 listopada 2010 roku sygn. KIO 2359/10. W orzeczeniu tym KIO stwierdziła, że art. 26 ust. 2 b służy wykonawcy, który zmuszony jest do skorzystania z tej regulacji, bo samodzielnie nie spełnił warunków, o których mowa w przepisach. Zdaniem składu KIO zaprezentowanym w orzeczeniu, „nie znajduje zastosowania warunek udziału w postępowaniu, którego spełnienie zostało wykazane z zastosowaniem

80

regulacji art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, w zakresie w jakim wykonawcy samodzielnie spełniają ten warunek".

„Jeśli wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, niedopuszczalne jest rozszerzenie uprawnienia do wykazywania się potencjałem podmiotów trzecich w celu wykraczającym poza cel wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jest dla uzyskania lepszej pozycji w rankingu wykonawców

A zatem, zgodnie z wykładnią KIO w w/w orzeczeniu wykonawca posiadający własne zasoby nie ma podstaw do posiłkowania się zasobami innych podmiotów i oceniany być powinien na podstawie własnych zasobów. Wykonawca nieposiadający wymaganych zasobów, może skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2 b z dobrodziejstwem całego doświadczenia tego podmiotu, który zasoby mu użycza i pełne doświadczenie tego podmiotu trzeciego powinno podlegać ocenie na potrzeby rankingu: „*Prawo zamówień publicznych nie pozwala uznać, by posiłkowanie się zasobami należącymi do innego podmiotu mogło służyć wyłącznie podniesieniu punktacji w ramach ustalania listy rankingowej wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia oferty. Przepis art. 51 ust. 2 ustawy dotyczy sytuacji, gdy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu bądź samodzielnie bądź w zakresie w jakim samodzielnie nie byli w stanie ich spełnić - polegając na zasobach podmiotu trzeciego. Przepis ten nie ma za zadanie - w przeciwieństwie do art. 26 ust. 2b ustawy, rozszerzenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie ale odwrotnie: zawężenie tego grona, stąd regulacja dopuszczająca możliwość posiłkowania się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego doznaje tu odpowiedniego ograniczenia - jeśli wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, niedopuszczalne jest rozszerzanie uprawnienia do wykazywania się potencjałem podmiotów trzecich w celu wykraczającym poza cel wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jest dla uzyskania lepszej pozycji w rankingu wykonawców.*”

Dodatkowo w cytowanym orzeczeniu KIO podkreśliła, że w przypadku robót budowlanych kluczowym jest, aby podmiot udostępniający zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia wziął udział w realizacji zamówienia, ponieważ wiedza i są doświadczenie przymiotami nierozdzielnie związanymi z przedsiębiorcą. Jeśli więc Zamawiający przywołuje w/w orzeczenie jako własne stanowisko, musi zgodzić się z zarzutem niewłaściwego naliczania punktów Odwołującemu. Odwołujący nie wykazał - w rozumieniu Zamawiającego własnych zasobów technicznych w żadnej z kategorii, więc skorzystał z zasobów podmiotów trzecich. Zakładając zgodnie z orzeczeniem, że uprawniony był do skorzystania z zasobów żeby spełnić warunek, to w niniejszym postępowaniu mógł skorzystać z zasobów podmiotu, który wykonał przynajmniej trzy zamówienia budowy bloku parowo gazowego pod klucz, podmiotu który wykonał przynajmniej trzy zamówienia dostawy i serwisowania turbiny gazowej i podmiotu który

81

wykonał przynajmniej trzy zamówienia długoterminowej umowy serwisowej turbiny gazowej. Tym samym, Zamawiający zobowiązany był do zaakceptowania udostępnienia zdolności technicznej w zakresie budowy bloku parowo - gazowego bądź przez SNC-Lavalin Contractors Inc. bądź General Electric Inc. (które wykazały się doświadczeniem w wykonaniu więcej niż 3 bloków) i do oceny wszystkich projektów którejkolwiek z tych firm i przyznania maksymalnej ilości punktów w tej kategorii. Skoro bowiem jedna z tych firm weźmie udział w realizacji przedsięwzięcia (co wykazane zostało zobowiązaniami podmiotów trzecich przedłożonych wraz z wnioskiem), to skorzysta z całego swojego potencjału technicznego, wiedzy i doświadczenia jakie nabyła przez wyznaczony okres działalności. Potencjał tejże firmy, która weźmie udział w realizacji zamówienia, powinien być podstawą do oceny kompetencji Odwołującego, tak samo jak w przypadkach wykonawców którzy nie korzystają z obcych zasobów, ponieważ posiadają własne. Podobnie rzecz się ma z udostępnieniem zasobów w zakresie dostawy i serwisowania turbiny gazowej - zaakceptowanie którejkolwiek z firm udostępniającej zasoby Siemens bądź GE, obligowało do uznania także wszystkich ich referencji i przyznania maksymalnej ilości punktów w tej kategorii. Podobnie rzecz się ma z udostępnieniem zasobów w zakresie długoterminowego serwisowania turbiny gazowej - zaakceptowanie udostępnienia przez którąkolwiek firmę obligowało do zaakceptowania wszystkich referencji tejże firmy i przyznania maksymalnej ilości punktów. Podejście zaprezentowane w powyższym orzeczeniu musiałoby wyeliminować wątpliwości Zamawiającego, co do oceny wykonawców, którzy posiadają „podwójne referencje na ten sam zakres”. Zamawiający wykazuje w tym zakresie istotną niekonsekwencję. Jeśli okoliczność ta jest przedmiotem jego obaw, winien on idąc za wskazówkami orzeczenia uwzględnić „pojedyncze” referencje, a nie odmówić ich oceny

w ogóle.

W powyższym orzeczeniu akcentuje się kwestię udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w przeciwieństwie do zwykłego udostępnienia zasobu. Argument zagrożenia, że wykonawca posłuży się referencjami podmiotu trzeciego wyłącznie w celu podwyższenia swojej punktacji w rankingu, nie posiadając własnego doświadczenia pojawia się także w cytowanych przez Zamawiającego orzeczeniach o sygn. KIO 133/12 i 232/12. Odwołujący podnosi, że w/w orzeczenia zapadły w nieco odmiennym stanie faktycznym. Sytuację Odwołującego różnicują dwie okoliczności:

Wobec wyraźnego zobowiązania się podmiotów udostępniających do wzięcia udziału w realizacji zamówienia (SNC-Lavalin Constructors Inc. - str. 839 wniosku (załącznik do zobowiązania), Siemens AG - str. 899 wniosku, GE International Inc. - str. 985 wniosku), brak jest obaw, że wykorzystanie zasobów podmiotów trzecich ograniczyłoby się tylko do użyczenia referencji. Podmioty trzecie składając swoje zobowiązania wyraźnie wskazały, że wezmą w nim

82

udział jako podwykonawca, precyzując w jakim zakresie wezmą udział w zamówieniu. Dodatkowo podmioty trzecie złożyły dokumenty potwierdzające brak przesłanek wykluczających je z udziału w postępowaniu. Takie podmioty trzecie należy więc traktować jak partnerów wykonawcy, którzy wraz z wykonawcą dają rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia.

Nie bez znaczenia jest, że udostępniający swoje zasoby SNC-Lavalin Constructors Inc. z siedzibą w Bothell, Stany Zjednoczone, w kontekście dyskusji o „własnych i cudzych” referencjach nie powinien być traktowany jak podmiot trzeci. Z uwagi na polski system podmiotowości prawnej SNC-Lavalin Constructors Inc. został poproszony o złożenie oświadczenia o udostępnieniu zasobów na potrzeby postępowania, niemniej jednak zaznaczyć trzeba, że SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o. oraz SNC-Lavalin Inc. (konsorcjanci) oraz SNC-Lavalin Constructors Inc., działają w strukturze SNC-Lavalin Group Inc. z siedzibą w Kanadzie. Struktura tejże grupy opiera się o system prawny i praktykę amerykańską, w której organizacyjno-funkcjonalne powiązania są silniejsze niż wynikałoby to z definicji polskiej grupy kapitałowej. Poziom związania i stałej współpracy pomiędzy członkami grupy powoduje, że spółki grupy traktowane są jako jeden podmiot, nie wymagający dla współdziałania zawierania formalnych porozumień typu konsorcjum, umów o podwykonawstwo czy inne. Zasady funkcjonowania grupy sprecyzowane zostały przez Davida H. Lunda, wiceprezesa SNC-Lavalin Constructors Inc. w piśmie stanowiącym, załącznik do niniejszego pisma. Pismo to Odwołujący powoływał na dowód, iż powiązania SNC-Lavalin Constructors Inc. oraz członków odwołującego się konsorcjum nakazują w kontekście oceny cudzych i własnych referencji traktować zasoby techniczne, wiedzę i doświadczenie SNC-Lavalin Constructors Inc. jak własne zasoby techniczne, wiedzę i doświadczenie konsorcjum. Jeśli więc w ocenie zamawiającego oraz KIO powoływanie się na zdolności techniczne podmiotów trzecich „sprzyja zjawisku premiowania wykonawców nie tyle posiadających najlepsze doświadczenie, co potrafiących pozyskać z rynku największą liczbę udostępnianych zasobów i tworzeniu konkurencji pozornej” to udział SNC-Lavalin Constructors Inc. takiej sytuacji nie czyni zadość. Konsorcjum w niniejszym postępowaniu reprezentuje całą grupę, wyspecjalizowaną w budowie obiektów „pod klucz”, w systemie EPC, a jedynie ze względu na sprawność procedowania w postępowaniu i treść Ogłoszenia (która w ocenie Odwołującego pozwalała na punktację doświadczenia podmiotów nie związanych węzłem konsorcjum) SNC-Lavalin Constructors Inc. nie stało się członkiem konsorcjum. Grupa SNC daje należyłą rękojmię wykonania zamówienia w oparciu o zasoby zaprezentowane jako podmiotu trzeciego SNC-Lavalin Constructors Inc., zatem z punktu widzenia argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego niczym nieuzasadnione jest wyeliminowanie Odwołującego z postępowania z

83

uwagi na brak własnych zasobów i doświadczenia w realizacji inwestycji podobnych do tej, która jest przedmiotem postępowania.

KIO 1035/12

W dniu 21 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Konsorcjum Abener (dalej także „Odwołujący”) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których Zamawiający był

zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, polegających na:

- 1) nieprawidłowej ocenie wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Abener, w tym dokumentów załączonych do wniosku na potwierdzenie kwalifikacji technicznych w zakresie opisanym w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) nieprawidłowej ocenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Control Porcess-CP Trade-INITEC oraz przyznaniu wyżej wskazanym wykonawcom nieprawidłowej (zawyżonej) oceny punktowej z tytułu zamówień wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. naruszenie art. 57 ust. 1 i 3, w związku z art. 22 ust. 3 i 4 oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Abener oraz zaniechanie prawidłowej oceny dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Abener na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji technicznych, o których mowa w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu, a w konsekwencji przyznanie Konsorcjum Abener jedynie 10 punktów w całościowej ocenie wniosku (wyłącznie z tytułu zrealizowania zamówień w zakresie budowy bloku gazowo-parowego w formule "pod klucz", tj. warunku o którym mowa w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia o zamówieniu) w sytuacji, gdy przy prawidłowej ocenie wniosku Konsorcjum Abener powinien otrzymać większą liczbę punktów z tytułu spełnienia warunków Sekcji III.2.3.) Ogłoszenia o zamówieniu.

ewentualnie

84

naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Abener do uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli Zamawiający uznał, że którykolwiek z tych dokumentów zawiera błędy lub nie potwierdza warunków udziału w postępowaniu.

ewentualnie

naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Abener do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli Zamawiający uznał, że zachodzi wątpliwość dotycząca potwierdzenia przez wskazane dokumenty warunków udziału w postępowaniu.

2. naruszenie art. 57 ust. 1 i 3, w związku z art. 22 ust. 3 i 4 oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe wezwanie Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu, a w dalszej kolejności dokonanie błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wskazanego wykonawcę oraz przyznanie przedmiotowemu wnioskowi w sposób niezasadny 6 punktów.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego oraz nakazanie przyznania Odwołującemu oceny punktowej zgodnie z treścią Sekcji VI.3) pkt 2 w związku z Sekcją III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu z tytułu wszystkich zamówień wskazanych we wniosku Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC oraz odmowę przyznania Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC 6 (sześciu)

3. nakazanie Zamawiającemu zwrotu na rzecz Konsorcjum Abener kosztów spowodowanych wniesieniem odwołania, w tym w szczególności kosztów wpisu od odwołania;
4. przeprowadzenie na rozprawie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

W uzasadnieniu wskazywał, iż informacja o wynikach oceny warunków udziału w postępowaniu została dostarczona pełnomocnikowi Odwołującego drogą mailową w sposób, który umożliwia zapoznanie się z jej treścią w dniu 10 maja 2012 r., w związku z czym wymóg wskazany w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp należy uznać za spełniony.

W odniesieniu do interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz ryzyka poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp Odwołujący podnosił, iż jako uczestnik postępowania posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Czynności zaniechane oraz dokonane przez Zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, będące podstawą wniesienia odwołania, polegają na przyznaniu zaniżonej oceny punktowej spełnienia warunków udziału w postępowaniu wnioskowi Konsorcjum Abener oraz zawyżonej oceny punktowej wnioskowi złożonemu przez Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC. Na skutek dokonanej oceny wniosek złożony przez Konsorcjum Abener został sklasyfikowany na 5 pozycji tj. ostatniej, która upoważnia Konsorcjum Abener do wzięcia udziału w kolejnym etapie Postępowania. Wniosek złożony przez Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC został w następstwie przyznanej punktacji sklasyfikowany przez Zamawiającego na (7) siódmym miejscu. Niezależnie od powyższego w przypadku złożenia skutecznego odwołania od decyzji Zamawiającego przez któregośkolwiek z wykonawców, których wnioski zostały sklasyfikowane niżej niż wniosek złożony przez Konsorcjum Abener może dojść do spadku Konsorcjum Abener w klasyfikacji sporządzonej przez Zamawiającego. W opisaney sytuacji nieprawidłowa ocena wniosków, której dopuścił się Zamawiający, będzie miała bezpośredni wpływ na brak możliwości wzięcia przez Konsorcjum Abener udziału w kolejnej fazie postępowania. Spowoduje to, że Konsorcjum Abener nie będzie miało możliwości uzyskania zamówienia oraz osiągnięcia korzyści finansowych z jego realizacji.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 57 ust. 1 i 3, w związku z art. 22 ust. 3 i 4 oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Abener oraz zaniechanie

prawidłowej oceny przedłożonych dokumentów dotyczących kwalifikacji technicznych, o których mowa w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący argumentował .

Zgodnie z treścią Sekcji III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postawił wykonawcom następujące warunki udziału w Postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia:

- 1) wykazanie się wykonaniem przynajmniej 3 (trzech) zamówień w formule "pod klucz", których zakres przedmiotowy obejmował: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (warunek określony w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia);
- 2) wykazanie się wykonaniem przynajmniej 3 (trzech) zamówień, których zakres przedmiotowy obejmował: zaprojektowanie, wytworzenie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji oraz serwis gwarancyjny turbiny gazowej opalanej gazem ziemnym o mocy minimum 70 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu (warunek określony w Sekcji II 1.2.3) pkt 2 ppkt a) Ogłoszenia o zamówieniu);

- 3) wykazanie się wykonaniem przynajmniej 3 (trzech) zamówień, których zakres przedmiotowy obejmował: pełnienie długoletniej usługi serwisowej turbiny gazowej opalanej gazem ziemnym o mocy minimum 70 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (warunek określony w Sekcji III.2.3) pkt 2 ppkt b) Ogłoszenia o zamówieniu).

Zgodnie z Ogłoszeniem o zamówieniu, spełnienie powyższych warunków winno być potwierdzone wykazem wykonanych zamówień. Zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu, do wykazu wykonanych zamówień należało dołączyć dokumenty potwierdzające, że zamówienia te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone oraz wykonane należycie (np. listy referencyjne, opinie użytkowników, protokoły odbioru). Zgodnie z Sekcją V1.3) pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu do udziału w Postępowaniu Zamawiający zobowiązał się zaprosić nie więcej niż 5 (pięciu) wykonawców, którzy spełniają wszystkie warunki udziału w Postępowaniu. Jeżeli liczba Wykonawców spełniających warunki

87

udziału w postępowaniu będzie większa niż 5 (pięć), to do udziału zostanie zaproszonych 5 (pięciu) wykonawców, którzy uzyskają najwyższe oceny za spełnienie warunku zdolności technicznej określonej w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział następującą punktację dotyczącą spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia:

- 1) za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a), tj. dotyczące bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto, Zamawiający przyznawał 2 (dwa) punkty;
- 2) za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3) pkt 2 ppkt a), tj. dotyczące turbiny gazowej opalanej gazem ziemnym o mocy minimum 70 MWe brutto, Zamawiający przyznawał 1 (jeden) punkt;
- 3) za każde zrealizowane zamówienie wymagania określone w sekcji III.2.3) pkt 2 ppkt b), tj. dotyczące usługi serwisowej turbiny gazowej. Zamawiający przyznawał 1. (jeden) punkt.

Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył Załącznik 7 "Potencjał Techniczny" będący w istocie wykazem zrealizowanych przez Konsorcjum Abener zamówień w zakresie budowy bloku gazowo-parowego w formule "pod klucz" oraz w zakresie dostawy i serwisowania turbin gazowych.

(Dowód: wykaz Załącznik 7 do wniosku Konsorcjum Abener "Potencjał Techniczny", str. 29-38 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu)

Obok wykazu zamówień Odwołujący dołączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Załącznik 7.2 "Doświadczenie oferenta dokumentacja uzupełniająca" który na stronach od 39 do 151 zawiera dokumenty potwierdzające, że zamówienia przedstawione w wykazie zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone oraz wykonane należycie. Liczba dokumentów potwierdzających wykonanie zamówienia odpowiada liczbie zamówień z Załącznika 7 Potencjał Techniczny.

(Dowód: Załącznik 7.2 do wniosku Konsorcjum Abener "Doświadczenie oferenta dokumentacja uzupełniająca", str. 39-151 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (w aktach postępowania)

W ocenie Konsorcjum Abener, należy uznać, iż wykaz zamówień potwierdzających warunki zdolności technicznej i zawierający obiekty referencyjne dla wykonanych prac w zakresach określonych Sekcją III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumenty potwierdzające ich

88

wykonanie spełniają wymogi określone w Ogłoszeniu o zamówieniu, a w konsekwencji w ocenie końcowej za każde z powyższych zrealizowanych zamówień Zamawiający powinien był przyznać punktację zgodnie z Sekcją V1.3) pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu. Z tego też tytułu ocena punktowa dla Konsorcjum Abener w zakresie zrealizowanych projektów przedłożonych przez Konsorcjum Abener na okoliczność spełniania warunków z Sekcji III.2.3) winna więc wynosić więcej niż przyznane 10 punktów. Ocena Zamawiającego w tym zakresie jest więc zaniżona.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający powinien dokonać ponownej oceny wniosku Konsorcjum Abener oraz przyznać temu wnioskowi, więcej punktów niż pierwotnie.

W zakresie zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania wezwania Konsorcjum Abener do uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący argumentował. W ocenie Konsorcjum Abener, jeżeli Zamawiający uznał, że nie wszystkie zamówienia wymienione w wykazie zamówień przedstawionym przez Odwołującego w Załączniku 7 "Potencjał Techniczny" odpowiadały wymogom Ogłoszenia o zamówieniu a dokumenty dotyczące tych zamówień zawierały błędy lub uchybienia lub nie zawierały w ocenie Zamawiającego wymaganych informacji celem przyznania punktów, to zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w takim przypadku Zamawiający zobowiązany był wezwać Konsorcjum Abener do uzupełnienia tych dokumentów. Zdaniem Odwołującego wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów byłoby nieskuteczne wyłącznie wówczas, gdy w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Konsorcjum Abener przedstawiłby wykaz zawierający inne zamówienia (tj. wykaz pozwalający Konsorcjum Abener na uzyskanie punktacji wyższej niż wynikająca z oceny zamówień wskazanych w pierwotnym wykazie załączonym do wniosku). Wyłącznie w takiej sytuacji doszłoby do zmiany treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Abener. A contrario, o ile wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie prowadzi do zmiany wniosku, a wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedstawia takie same dokumenty (wskazujące na te same zamówienia), lecz pozbawione błędów Zamawiający ma obowiązek uwzględnienia takich dokumentów w trakcie oceny wniosków. Powyższy wniosek znajduje potwierdzenie w treści wyroku z dnia 7 marca 2012 roku (sygn. akt KIO 366/12) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż "(...) art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz orzecznictwo nie pozwalają, by wezwanie do uzupełnienia dokumentów służyło do jakiegokolwiek modyfikacji oferty przekraczającej wyjątek dopuszczony w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż naruszałoby to art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych preferując wykonawców, którzy złożyli oferty w sposób mniej staranny stwarzając im możliwość poprawy

89

ich pozycji, podczas gdy wykonawcy, którzy złożyli oferty poprawne, szanse na poprawienie swoich ocen nie zyskują. Zatem nie może być uznana za prawidłowa sytuacja, w której wskutek uzupełnienia dokumentów oraz złożonych wyjaśnień dochodzi do zmiany treści oferty, a następnie ta zmieniona treść poddawana jest ponownej ocenie w świetle kryteriów, podczas gdy pierwotna treść w sposób bezsporny nie pozwala na uzyskanie takiej oceny.

Mając na uwadze powyższe, nawet jeśli uznać, iż przedstawiony pierwotnie przez Konsorcjum Abener wykaz zamówień (Załącznik 7 "Potencjał Techniczny" do wniosku) oraz listy referencyjne (Załącznik 7.2 "Doświadczenie oferenta dokumentacja uzupełniająca" do wniosku) potwierdzające ich należyte wykonanie zawierały błędy lub inne nieprawidłowości, to z uwagi na fakt, iż ewentualne ich uzupełnienie nie powodowałoby modyfikacji wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający zobowiązany był wezwać Konsorcjum Abener do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów.

W zakresie zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania wezwania Konsorcjum Abener do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący podnosił, co następuje. Zamawiający nie wzywał Konsorcjum Abener do wyjaśnienia treści wykazu zamówień (Załącznik 7 "Potencjał Techniczny" do wniosku) oraz listów referencyjnych (Załącznik 7.2 "Doświadczenie oferenta dokumentacja uzupełniająca" do wniosku). W ocenie Konsorcjum Abener, jeżeli Zamawiający uznał, że zachodzi wątpliwość, czy wszystkie zamówienia wymienione w wykazie zamówień przedstawionym przez Odwołującego w Załączniku 7 "Potencjał Techniczny" odpowiadały wymogom Ogłoszenia o zamówieniu lub, czy wszystkie dokumenty dotyczące tych zamówień potwierdzają warunki udziału w postępowaniu lub zawierają wystarczające informacje celem przyznania Konsorcjum Abener punktów, to zgodnie z treścią art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany był wezwać Konsorcjum Abener do wyjaśnień dotyczących treści wniosku.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę Konsorcjum Control Process-CP Trade-

INITEC Odwołujący wskazywał, że we wniosku z dnia 19 marca 2012 r. o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC nie przedłożyło żadnych dokumentów w zakresie potwierdzenia kwalifikacji technicznych określonych w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie budowy bloku gazowo-parowego w formule "pod klucz", warunków określonych w Sekcji III.2.3) pkt 2 ppkt a) i b) Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie dostawy i serwisowania turbin gazowych. Pismem z

90

dnia 18.04.2012 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia warunków kwalifikacji technicznych. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum INITEC przedłożyło w piśmie z dnia 25.04.2012 r. wymagane dokumenty w zakresie budowy bloku gazowo-parowego w formule "pod klucz" oraz w zakresie dostawy i serwisowania turbin gazowych, tj. wykaz wykonanych zamówień, dokumenty potwierdzające wykonanie tych zamówień oraz wykaz posiadanych wdrożonych i potwierdzonych certyfikatami systemów zarządzania wraz z zaświadczeniami potwierdzającymi, że wykonawca posiada te systemy wdrożone i potwierdzone certyfikatami, zgodnie z odpowiednimi normami ISO lub równoważnymi.

(Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 18.04.2012 r. wzywające Konsorcjum INITEC do uzupełnienia dokumentów (w aktach postępowania)

(Dowód: Pismo Konsorcjum INITEC z dnia 25.04.2012 wraz z załącznikami (w aktach postępowania)

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób niezasadny pismem z dnia 18.04.2012 r. wezwał Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a następnie uwzględnił przy ocenie wniosku Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC i przyznał wskazanemu wykonawcy punkty z tytułu wykonania zamówień polegających na realizacji budowy bloku gazowo-parowego w formule "pod klucz" oraz dostawy i serwisowania turbin gazowych. Uzasadniając powyższe stanowisko Odwołujący wskazywał, iż art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania, jeżeli wezwanie do uzupełnienia dokumentów mogłoby wpłynąć na zmianę punktacji uzyskanej przez danego wykonawcę z tytułu oceny wiedzy i doświadczenia, którymi dysponuje wykonawca. Przyjęcie przeciwnego wniosku prowadziłoby do sytuacji, w której dany wykonawca mógłby pierwotnie nie przedłożyć wraz z wnioskiem dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tylko z tego powodu, aby zorientować się jakie doświadczenia należy wykazać, aby uzyskać wystarczającą punktację do zakwalifikowania wniosku do kolejnego etapu. Powyższe stanowisko znajduje uzasadnienie w treści orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 133/12), zgodnie z którym: "Jeżeli zarazem oznaczony warunek jest przyjęty jako kryterium oceny wniosków - w aspekcie wyłonienia grupy wykonawców zakwalifikowanych do dalszego udziału w przetargu ograniczonym, brak przesłanek prawnych aby stosować procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp — wzywania do uzupełniania dokumentów....Natomiast dopuszczenie do uzupełniania wykazu robót referencyjnych dla podwyższenia punktacji, prócz uchybienia przepisom art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mogłoby

91

stwarzać nierówne warunki konkurencji, gdyż wykonawca wezwany mógłby, wykorzystując wszelką wiedzę o przetargu, próbować tak dopasować treść swojego wniosku, aby znaleźć się w gronie zaproszonych do złożenia oferty." Na konieczność odmowy punktacji doświadczeń uzupełnionych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwraca uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24.03.2011 r. (sygn. akt. KIO/UZP 549/11): "Izba zauważa, że rację zamawiającemu, co do tego, że może wzywać wyłącznie do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, można byłoby przyznać wyłącznie wtedy, gdyby doświadczenia minimalnego służącego wykazaniu warunku nie punktował zamawiający następnie w ramach kwalifikacji wykonawców". W podobny sposób wykładni treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza dokonała w wyroku z dnia 6 marca 2012 r. (sygn. akt. KIO 357/12): "W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że dokumenty złożone w wyniku uzupełnienia mogą powodować przyznanie punktacji służącej do określenia listy wykonawców najlepiej spełniających warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia. Powodowałoby to bowiem uprzywilejowaną sytuację dla wzywanego wykonawcy, który uzyskałby dodatkowy termin na złożenie dokumentu powodującego

korzystną zmianę jego położenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co prawda Izba zdaje sobie sprawę z tego, że wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ocena warunków pod względem ich najlepszego spełniania dokonuje się poprzez te same dokumenty, niemniej jednak należy dokonać rozróżnienia funkcji, dla której dokument taki jest składany. W ocenie Izby funkcją tą jest zapobieżenie wykluczeniu wykonawcy z postępowania, a nie wzmocnienie jego pozycji w postępowaniu. Możliwość złożenia w dodatkowym terminie dokumentu, dzięki któremu wykonawca otrzyma kolejne punkty i zmieni swą pozycję w rankingu, godzi w sposób rażący w zasadę równego traktowania wykonawców i premiuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę, który w terminie wyznaczonym na złożenie wniosków nie złożył wszystkich wymaganych dokumentów". Odwołujący zauważał, iż w następstwie wezwania do uzupełnienia dokumentów wniosek Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC mógł uzyskać większą niż pierwotnie liczbę punktów (wniosek uzyskał ostatecznie 6 punktów). Zważywszy, iż pierwotnie do przedmiotowego wniosku nie załączono w ogóle wymaganych dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu przedmiotowy wniosek nie uzyskiwał żadnych punktów. Mając na uwadze powyższe zarówno wezwanie Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC, jak również przyznanie wskazanemu konsorcjum punktacji opierając się na uzupełnionych dokumentach należy uznać za niedopuszczalne.

W dniu 22 maja 2012 r. Zamawiający wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

92

W dniu 24 maja 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło przystąpienie:

- Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC, które uzasadniając swój interes wskazywało, iż zważywszy na fakt złożenia przez zgłaszającego przystąpienie własnego odwołania oraz podniesione tam zarzuty i żądanie, liczy on, że na skutek uwzględnienia tego odwołania oraz oddalenia odwołania Odwołującego, Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC zostanie zakwalifikowane do dalszego etapu postępowania;
- Konsorcjum Stalbud Tarnów – Tecnicas Reunidas, które uzasadniając swój interes wskazywało, iż zważywszy na fakt złożenia przez zgłaszającego przystąpienie własnego odwołania oraz podniesione tam zarzuty i żądanie, liczy on, że na skutek uwzględnienia tego odwołania oraz oddalenia odwołania Odwołującego, Konsorcjum Stalbud Tarnów – Tecnicas Reunidas zostanie zakwalifikowane do dalszego etapu postępowania;

W dniu 25 maja 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło przystąpienie Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż ma interes w oddaleniu odwołania i uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ Odwołujący postawił zarzut błędnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny wniosków. W przypadku zatem uwzględnienia odwołania i uznania za nieprawidłowe działań Zamawiającego, zgłaszający przystąpienie może utracić szansę na udział w Postępowaniu i realizację zamówienia, a więc występuje ryzyko poniesienia przez niego szkody. Podnosił, że pojęcie interesu wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po jednej ze stron postępowania o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp podlega szerokiej interpretacji i nie powinno być kojarzone wyłącznie z interesem odwołującego wymienionym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Za taką interpretacją opowiedziała się KIO w wyroku z 9 listopada 2012 r. stwierdzając, że interes wykonawcy w przystąpieniu do postępowania odwoławczego należy rozumieć jako „(...) jakąkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje, wygra postępowanie odwoławcze. Ponadto, interes wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego nie musi być związany z konkretnym, toczącym się postępowaniem (tak: Patryka Mariusz Prz.publ.2010.3.16, 112600/1). Zgłaszający przystąpienie stał na stanowisku, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wszystkich wniosków zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp a także Ogłoszeniem o zamówieniu. Z uwagi na powyższe zgłaszający przystąpienie kwestionował zarzuty podniesione w odwołaniu i wniósł o jego oddalenie w całości.

93

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (pismo z 6 czerwca 2012 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania w całości z przyczyn wskazanych w podanym uzasadnieniu.

1. Zarzut dotyczący dokonania błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Abener

Zamawiający zakwalifikował wniosek Odwołującego jako spełniający wymagania Ogłoszenia o zamówieniu, ale przyznał 10 punktów w rankingu wniosków, ponieważ przyznawał punkty tylko za referencje własne. Stanowisko Zamawiającego zostało poparte licznym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Tytułem przykładu wskazać należy np. na wyrok KIO z 17 lutego 2012 r. (sygn. akt 232/12):

„(...) należy przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert. W ocenie Izby stopień spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma znaczenie wyłącznie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert przez wykonawców, którzy wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym (w oparciu o zasoby własne lub udostępnione w niezbędnym zakresie przez podmioty trzecie) i nie mieści się w hipotezie tego przepisu” Podobne stanowisko zaprezentowała KIO w następujących wyrokach:

- z dnia 7 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2283/11,
- z dnia 5 marca 2012 r. sygn. akt KIO 331/12, KIO 333/12,
- z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1549/11/12, KIO 1569/11,
- z dnia 7 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2287/10, KIO 2307/10,
- z dnia 7 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11.

Podobne stanowisko wyraził też Prezes Urzędu Zamówień Publicznych - Informator 11/2011:

“(...) na gruncie wykładni literalnej, jak też celowościowej powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Innymi słowy, zamawiający – w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując

94

w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym, niż wynika to z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami”.

Zamawiający nie występował o wyjaśnienia dla pozostałych referencji, gdyż zakwalifikowane spełniały wymagania Ogłoszenia o zamówieniu, a niezakwalifikowane jednoznacznie wskazywały w ocenie Zamawiającego, że nie spełniają wymagań Ogłoszenia o zamówieniu (nie przekazane do eksploatacji, moc jednostek była niższa niż 160 MWe wymaganych w Ogłoszeniu o zamówieniu).

2. Zarzut dotyczący błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC

Zamawiający przyjął zasadę, że w przypadku niespełnienia wymagań Ogłoszenia przez wniosek, Zamawiający występuje o uzupełnienie wniosku w niezbędny m zakresie dla spełnienia wymagań Ogłoszenia o zamówieniu ze względu na fakt, że dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od reguły, że dokumenty oświadczeni powinny być złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pozwalając sanować "błędy", niedoskonałości i braki wniosków lub ofert na etapie ich merytorycznej oceny. Wyjątki jednak nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Przywołany przepis pozwala na uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie

warunków udziału w postępowaniu i tylko w takim zakresie. Tym samym, biorąc pod uwagę zasady wynikające z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający, oceniając wniosek Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC, uwzględnił wyłącznie te roboty, które dotyczyły spełnienia minimalnego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, natomiast nie podlegały uwzględnieniu roboty przedstawione dla uzyskania dodatkowej punktacji. Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC uzupełniło wniosek o brakujące potwierdzenie zdolności technicznej w niezbędnym zakresie, a Zamawiający przydzielił punkty za referencje własne tylko w zakresie spełnienia minimalnych wymagań Ogłoszenia o zamówieniu, czyli uznał do rankingu wniosków trzy z zakwalifikowanych referencji, tj. przyznał 6 punktów.

95

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający wnosil jak w petitum.

KIO 1037/12

W dniu 21 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBG S.A., ul. Skórzewska 35, Wysogotowo, 62-081 Przeźmierowo, Hyundai Engineering Co. Ltd, Hyundai 41 Tower 3F, 293, Mokdongdong-ro, Yangcheon-gu, Seul, Korea, Daewoo International Corporation, 10, Tongil-ro, Jung-gu, Seul. Korea (dalej "Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo" lub "Odwołujący") wobec:

1. oceny wniosku złożonego przez Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo;
2. przyznania Konsorcjum Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo niewłaściwej ilości punktów za ocenę warunków udziału w postępowaniu;
3. oceny wniosku złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: General Electric International Inc., Iberdrola Engineering and Construction Poland Sp. z o.o. oraz Iberdrola Ingenieria y Construcción S.A. (dalej „Konsorcjum GE-Iberdrola”);
4. oceny wniosku złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych POL-AQUA S.A., Dragados S.A. i Duro Felguera S.A. (dalej „Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera”);
5. oceny wniosku złożonego przez Konsorcjum Abener;
6. oceny wniosku złożonego przez Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC;
7. zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Abener, Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC pomimo niewykazania przez tych wykonawców, iż nie podlegają oni wykluczeniu z postępowania;
8. Konsorcjum Abener, pomimo zaniechania wykluczenia z postępowania postaci posiadania niewykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w należytej wiedzy i doświadczenia; ewentualnie, z ostrożności:

96

-
9. zaniechanie wezwania Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL-AQUA-Process-CP Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Abener, Konsorcjum Control tych Trade-INITEC o uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak wykluczenia wykonawców z postępowania,
 10. zaniechania wezwania Konsorcjum Abener do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 57 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo zaniżonej ilości punktów za ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 b) ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie przy ocenie warunków udziału w postępowaniu potencjału podmiotu trzeciego jakim

legitymowało się Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo,

3. art. 57 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznania Konsorcjum Abener zawyżonej liczby punktów za ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu;
4. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż Konsorcjum Abener spełnia warunki udziału w postępowaniu i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Abener z Postępowania;
5. art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Abener, Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC, pomimo niewykazania przez tych wykonawców, iż nie podlegają wykluczeniu z postępowania;
6. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, a ponadto, z ostrożności;
7. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL -AQUA- Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Abener, Konsorcjum Control Trade-INITEC do uzupełnienia dokumentów Process-CP potwierdzających brak podstaw do wykluczenia;

97

-
8. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Abener do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący żądał:

1. unieważnienia oceny wniosków złożonych przez wykonawców: Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo, Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL -AQUA- Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Abener, Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC;
2. dokonania ponownej oceny wniosków, a w jej wyniku:
 - 1) wykluczenia z postępowania Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL -AQUA- Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Abener, Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC;
 - 2) przyznania Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo maksymalnej ilości punktów za spełnianie warunków udziału w postępowaniu i zaproszenie Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo do składania ofert w postępowaniu, ewentualnie, z ostrożności;
3. wezwania Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL -AQUA- Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Abener, Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił również o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości, w tym kosztami poniesionymi przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,- zł (stosowny rachunek złożony zostanie na rozprawie)

Interes prawny Odwołującego w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawy Pzp przejawia się w tym, że wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wniosek Odwołującego nie został zakwalifikowany do drugiego etapu postępowania. Powyższe, uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, zawarcia umowy z Zamawiającym oraz ewentualne wypracowanie zysku na ww kontrakcie. Takie działanie w sposób oczywisty zatem może narazić Odwołującego na szkodę.

Odwołujący wskazywał, że w jego opinii ocena wniosków złożonych w Postępowaniu nastąpiła z rażącym naruszeniem prawa. Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo kwestionuje

98

zarówno ocenę wniosku i ilość przyznanych mu w jej wyniku punktów, jak również ocenę wniosków złożonych przez wykonawców: Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL -AQUA- Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Abener, Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC.

W zakresie oceny wniosku Odwołującego, podnoszono, co następuje. Zgodnie z brzmieniem pkt. III.2.3) Kwalifikacje techniczne Ogłoszenia o zamówieniu : „Ocena spełniania poszczególnych warunków udziału w postępowaniu jest dokonywana w oparciu o wymagane dokumenty na zasadzie "spełnia - nie spełnia" z uwzględnieniem postanowień sekcji VI.3) pkt 2 ogłoszenia. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: 1. W zakresie budowy bloku gazowo-parowego w formule "pod klucz": a) wykażą się wykonaniem w oparciu o systemy zarządzania wymienione poniżej w pkt b) przynajmniej 3 (trzech) zamówień w formule „pod klucz”, których zakres przedmiotowy obejmował: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy, to w tym okresie; i b) posiadają wdrożone i potwierdzone certyfikatami następujące systemy zarządzania: — system zarządzania jakością w zakresie projektowania, dostaw, montażu i uruchamiania instalacji energetycznych zgodny z normą ISO 9001:2008 lub równoważną, — system zarządzania środowiskiem zgodny z normą ISO 14001:2004 lub równoważną, — system zarządzania bezpieczeństwem pracy zgodny z normą ISO 18001:2004 lub równoważną jako Zintegrowany System Zarządzania Jakością, i 2. W zakresie dostawy i serwisowania turbin gazowych: a) wykażą się wykonaniem w oparciu o systemy zarządzania wymienione poniżej w pkt c) przynajmniej 3 (trzech) zamówień, których zakres przedmiotowy obejmował: zaprojektowanie, wytworzenie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji oraz serwis gwarancyjny turbiny gazowej opalanej gazem ziemnym o mocy minimum 70 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy, to w tym okresie; i b) wykażą się wykonaniem w oparciu o systemy zarządzania wymienione poniżej w pkt c) przynajmniej 3 (trzech) zamówień, których zakres przedmiotowy obejmował: pełnienie długoletniej (trwającej co najmniej 5 lat i ukończonej lub trwającej od co najmniej 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) usługi serwisowej turbiny gazowej opalanej gazem ziemnym o mocy minimum 70MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy, to w tym okresie; i c) posiadają wdrożone i potwierdzone certyfikatami następujące systemy zarządzania: — system zarządzania jakością w zakresie projektowania, dostaw, montażu i uruchamiania turbin gazowych zgodny z normą ISO 9001:2008 lub równoważną, — system zarządzania środowiskiem zgodny z normą ISO 14001:2004 lub równoważną, — system zarządzania bezpieczeństwem pracy zgodny z normą ISO 18001:2004 lub równoważną jako Zintegrowany System Zarządzania Jakością."

99

okresie; i c) posiadają wdrożone i potwierdzone certyfikatami następujące systemy zarządzania: — system zarządzania jakością w zakresie projektowania, dostaw, montażu i uruchamiania turbin gazowych zgodny z normą ISO 9001:2008 lub równoważną, — system zarządzania środowiskiem zgodny z normą ISO 14001:2004 lub równoważną, — system zarządzania bezpieczeństwem pracy zgodny z normą ISO 18001:2004 lub równoważną jako Zintegrowany System Zarządzania Jakością."

Sposób oceny warunków udziału w postępowaniu oraz znaczenie warunków Stosownie do brzmienia pkt. VI.3) - Informacje dodatkowe: „1. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu w sposób jednoznaczny, 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, Wykonawca dostarczy również dokument/-y poświadczający/-e, że osoba/-y podpisujące zobowiązanie były do tego uprawnione. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów pod warunkiem, że udowodni zamawiającemu, iż podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia oraz nie podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienia publiczne przedstawiając w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty, o których mowa w Sekcji III.2.1 litera B punkt 1 bądź odpowiadające im dokumenty określone w pkt 2 i 3 tej sekcji. W sytuacji opisanej w niniejszym akapicie, Zamawiający będzie wymagał udziału podmiotów trzecich w negocjacjach w trakcie postępowania. 2. Do udziału w postępowaniu zostanie zaproszonych nie więcej niż 5 (pięciu) Wykonawców, którzy spełnią wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli liczba Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5 (pięć), to do udziału w postępowaniu zostanie zaproszonych 5 (pięciu) Wykonawców, którzy uzyskają najwyższe oceny za spełnienie

warunku zdolności technicznej określonej w Sekcji III 2)3. niniejszego Ogłoszenia, tj.: — za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w Sekcji III.2)3 pkt 1. ppkt a) - 2 (dwa) punkty, jednak nie więcej niż 20 punktów, — za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w Sekcji III.2)3 pkt 2. ppkt a) - 1 (jeden) punkt, jednak nie więcej niż 10 punktów, — za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2)3 pkt 2. ppkt b) -1 (jeden) punkt, jednak nie więcej niż 10 punktów. W przypadku wskazania jednego obiektu referencyjnego spełniającego łącznie wymagania określone w sekcji III.2)3 pkt 1. ppkt a) oraz 2. ppkt a) Wykonawcy zostaną przyznane 2 (dwa) punkty. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy otrzymali punkty wg powyższej zasady nie pozwoli

100

wyłonić spośród nich 5 (pięciu) Wykonawców, to Zamawiający ustali kolejność na liście rankingowej w ten sposób, że o pozycji na tej liście zdecyduje większa suma mocy elektrycznej bloków i turbin. W przypadku, gdy po dokonanej kwalifikacji, na ostatnim (piątym) miejscu kwalifikującym Wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu znajdzie się więcej niż 1 (jeden) Wykonawca, Zamawiający zakwalifikuje do udziału w postępowaniu wszystkich Wykonawców, którzy znajdują się na tym miejscu."

Odwołujący wskazywał, iż stosownie do treści informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 9 maja 2012r., Odwołującemu przyznano zaledwie 8 punktów w rankingu ofert, co uplasowało Odwołującego na 6 pozycji (5 ofert zakwalifikowało się do drugiego etapu postępowania). Z uwagi na fakt, iż informacja o wynikach oceny wniosków nie zawiera uzasadnienia faktycznego i prawnego, Odwołujący nie zna podstaw decyzji Zamawiającego w zakresie oceny jego wniosku. W ocenie Odwołującego wszystkie inwestycje wskazane w wykazach załączonych do wniosku spełniają postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, zgodnie z wyliczeniem Odwołującego winien on otrzymać maksymalną dopuszczalną ilość punktów (tj. 40 punktów), która zagwarantowałaby mu udział w drugiej części Postępowania i umożliwiła złożenie oferty. Odwołujący wskazał na dowód spełniania warunku dotyczącego budowy co najmniej trzech bloków gazowo-parowych (pkt. III.2.3. pkt. 1 a) Ogłoszenia), każdy o mocy minimalnej 160 MWE aż 15 inwestycji. Wobec faktu, iż 3 z nich stanowiły o spełnianiu minimalnych warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający winien przyznać Odwołującemu punkty za 12 wykazanych inwestycji. Z uwagi na to, że za każdą „dodatkową” inwestycję Zamawiający przewidział przydzielenie 2 punktów (maksymalnie 20 punktów), za spełnienie tego warunku Odwołujący winien otrzymać maksymalną ilość 20 punktów (dowód: wykaz robót znajdujący się na stronach 261- 267 wniosku Odwołującego wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie (str. 268-295 wniosku). Z kolei na dowód spełniania warunku dotyczącego wykonania i pełnienia serwisu gwarancyjnego co najmniej trzech turbin gazowych (pkt. III.2.3. pkt. 2 a) Ogłoszenia), każda o mocy minimalnej 70 MWe brutto, Odwołujący wskazał aż 34 inwestycjami. Mając na uwadze, iż na spełnienie warunków udziału w postępowaniu wystarczyło wskazać jedynie 3 inwestycje, pozostałe inwestycje (w liczbie 31) winny zostać punktowane (Zamawiający przewidział 1 punkt za każdą inwestycję, nie więcej niż 10). Bezsprzecznie zatem, Odwołujący winien otrzymać za ten wymóg maksymalną ilość punktów, tj. 10 punktów (dowód: wykaz robót znajdujący się na stronach 297- 308 wniosku Odwołującego) wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie (str. 310-391 wniosku) Wreszcie w odniesieniu do ostatniego z wymogów, opisanego w pkt. III.2.3. pkt. 2 b) ogłoszenia), tj. pełnienia co najmniej 5-letniej usługi serwisowej, Odwołujący wskazał aż 23

101

inwestycje. Wobec faktu, iż na spełnienie warunków udziału w postępowaniu wystarczyło wskazać jedynie 3 inwestycje, pozostałe inwestycje (w liczbie 20) winny zostać przez Zamawiającego dodatkowo punktowane (Zamawiający przewidział 1 punkt za każdą inwestycję, nie więcej niż 10 punktów). Bezsprzecznie zatem, Odwołujący winien otrzymać za ten wymóg maksymalną ilość punktów, tj. 10 punktów (dowód: wykaz robót znajdujący się na stronach 393- 398 wniosku Odwołującego wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie (str. 399-439 wniosku). Reasumując łączna liczba punktów winna wynieść 40, podczas gdy Zamawiający przyznał Odwołującemu zaledwie 8 punktów. Odwołujący może jedynie domniemywać, iż podstawą do nie przyznania przez Zamawiającego Odwołującemu punktów za wszystkie zawarte w wykazach robót inwestycje wynikało z faktu, iż znaczna część

tych robót stanowiła doświadczenie podmiotu trzeciego, użyzonego Odwołującemu. W ocenie Odwołującego, takie stanowisko jest jednak całkowicie bezzasadne i stanowi rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, iż zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jednocześnie, na mocy art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca podnosi, iż zapis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie stawia jakichkolwiek ograniczeń w zakresie możliwości wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu przy pomocy potencjału trzeciego. Jednym warunkiem skorzystania z tego potencjału jest udowodnienie Zamawiającemu faktu dysponowania w przyszłości takim potencjałem. Jak wskazał sam ustawodawca wystarczającym środkiem dowodowym na wykazanie dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego jest przedstawienie stosownego oświadczenia podmiotu trzeciego (pisemne zobowiązanie do udostępnienia potencjału). O ile w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego każdy podmiot spełniający warunki udziału w postępowaniu może złożyć Zamawiającemu ofertę, o tyle w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem warunek złożenia oferty Zamawiającemu został obarczony dodatkowym obostrzeniem. Na podstawie art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wskazania w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także znaczenie tych warunków. Jednocześnie na mocy art. 57 ust. 3 ustawy Pzp

102

ustawodawca wskazał, iż jeśli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. W przetargu negocjacji z ogłoszeniem zatem dokumenty przedłożone przez wykonawców na spełnienie warunków udziału w postępowaniu podlegają dodatkowej ocenie, na podstawie której Zamawiający dokonuje oceny i wybiera wnioski posiadające najwyższą ocenę spełniania tych warunków. Co istotne, zarówno norma art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jak i norma art. 57 ust. 3 ustawy Pzp posługuje się terminem „warunków udziału w postępowaniu”, a zatem pojęciem tożsamym. Skoro zatem ustawodawca w art. 26 ust. 2b) ustawy Pzp umożliwia wykonawcom (bez jakichkolwiek ograniczeń) wykazywanie spełniania warunków udziału w postępowaniu za pomocą potencjału podmiotu trzeciego, to upoważnia to wykonawcę do korzystania z potencjału podmiotu trzeciego zarówno w przetargu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jak i nieograniczonym i to bez względu na to czy wystarczającym dla skutecznego złożenia oferty jest wykazanie jedynie warunków minimalnych określonych w ogłoszeniu i SIWZ, czy też konieczne jest również otrzymanie wysokiej oceny spełniania tych warunków. Jednocześnie Odwołujący podnosił, iż zgodnie z zasadą *clara non sunt interpretanda*, wykładnia językowa ma prymat nad innymi formami wykładni przepisów prawa, a to co jasne, nie wymaga dalszych zabiegów interpretacyjnych. Odwołujący wskazywał, iż sposób naliczenia punktów Odwołującemu naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający, potraktował w odmienny sposób podmioty legitymujące się doświadczeniem własnym oraz doświadczeniem używanym, choć ustawa Pzp takiego rozróżnienia nie przewiduje. Jednocześnie Odwołujący, ubiegając zarzuty Zamawiającego, wskazuje, iż fakt powszechnego krytykowania wprowadzenia przepisu art. 26 ust. 2b do ustawy Pzp nie może być argumentem przemawiającym za zniekształcaniem jego rzeczywistego brzmienia i dokonywania wykładni *contra legem*. Niewątpliwie bowiem, bez względu na ocenę funkcjonowania przedmiotowego przepisu w praktyce, jest on przepisem obowiązującym zarówno wykonawców, jak i zamawiających w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podnosi, iż ww. stanowisko podziela również Krajowa Izba Odwoławcza: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1730/11): „Ustawodawca, wprowadzając w art. 26 ust. 2b p.z.p., możliwość korzystania z zasobów podmiotu trzeciego przy wykazywaniu się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, nie wyłączył stosowania

tego przepisu w przetargu ograniczonym, bowiem nie rozgraniczył w ustawie p.z.p. warunków potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu na poziomie minimalnym od warunków punktowanych." wyrok z dnia 6 lutego 2012 r. Sygn. akt: KIO 133/12: „W szczególności nie znajdują normatywnego wsparcia poglądy zamawiającego oraz

103

przystępujących po jego stronie wykonawców, w powołaniu się na przytaczaną wyżej opinię Urzędu Zamówień Publicznych i przywołane wyroki Izby, jakoby wynikało to z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, że doświadczenie udostępnione - wykonawca władny jest wykazywać wyłącznie w zakresie minimalnym dla udokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie dla podwyższenia swej pozycji w rankingu wniosków, o czym miałyby świadczyć między innymi zwrot użyty w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp „wykonawca zobowiązany jest udowodnić, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia,” a nie w szerszym zakresie, nawet jeżeli zamawiający ustanowił taki warunek udziału w postępowaniu kryterium oceny, dla ustalenia kolejności wykonawców zaproszonych do złożenia oferty. W przeświadczeniu Izby, przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b tej ustawy, statuuje równorzędny sposób wykazania warunku wiedzy i doświadczenia zarówno poprzez doświadczenie własne wykonawcy, jak i doświadczenie udostępnione przez podmiot trzeci. Zaś niezbędność, proporcjonalność, adekwatność - ogólnie dotyczy zakresu wymaganych dokumentów, jak również ich treści, także w odniesieniu do samego wykonawcy, o czym stanowi art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, jak i art. 25 ust. 1 tej ustawy. Przepisy art. 51 ust. 1a oraz ust. 2 ustawy Pzp, nie różnicują oceny spełnienia warunków w oddzieleniu na potencjał własny wykonawcy i potencjał udostępniony. Zatem wprowadzanie takiego rozróżnienia, w dodatku na etapie badania wniosków - stanowi naruszenie wymienionych norm, jak i zasad postępowania, w szczególności równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie reguł uczciwej konkurencji." wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 10 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1099/11: „Przepis art. 26 ust. 2b p.z.p. dopuszcza posłużenie się zasobami udostępnionymi wykonawcy przez podmioty trzecie, na zasadach w nim określonych, nie tylko w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku oceny najwyższej spełnionych warunków udziału. Przepis art. 26 ust. 2b p.z.p. nie różnicuje pozycji wykonawców w postępowaniu ze względu na podstawę wykazywanego przez wykonawców doświadczenia." Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 2816/10; KIO 14/11: „Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, o ile udowodni zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ja wynika z przedstawionego unormowania brak jest podstaw do formułowania tezy, iż wykonawcom wolno korzystać z potencjału podmiotu trzeciego tylko dla wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a już nie - dla uzyskania punktów w wyniku oceny spełnienia warunku, który jest ustalony jako graniczny. Stopień spełnienia warunków ma znaczenie dla uzyskania

104

zaproszenia do składania ofert, które to jest celem wykonawcy składającego wniosek.(...) Dyrektywy wykładni językowej prowadzą do wniosku, iż wykonawca może posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego (polegać na jego wiedzy, doświadczeniu itp.) nie tylko dla wykazania spełnienia warunków minimalnych, ale i uzyskania lepszej pozycji w rankingu wniosków. Obowiązek udowodnienia dysponowania danym zasobem obejmuje bowiem co najmniej zakres niezbędny do realizacji zamówienia (warunki minimalne). Nie oznacza to jednak, iż z normy tej wynika zakaz posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego w celu uzyskania większej liczby punktów, w szczególności że dopiero odpowiednie miejsce w rankingu gwarantuje kwalifikację do drugiego etapu postępowania. Także wykładnia celowościowa wskazuje na interpretację powołanego przepisu zaprezentowaną przez Izbę. (...) Przepis art. 26 ust. 2b P.z.p. prowadzić miał do zwiększenia konkurencyjności postępowań - tym czasem jego rozumienie przyjęte przez zamawiającego w sposób nieuprawniony prowadzi do wyeliminowania możliwości uzyskania zamówienia przez podmiot, który dysponuje np. większym doświadczeniem (choć udostępnionym przez osobę trzecią), niż podmiot o mniejszym potencjale, ale własnym. Celem dokonywania oceny spełnienia warunków udziału

w przetargu ograniczonym jest wybór grupy najlepszych wykonawców (spełniających badany warunek w najwyższym stopniu). Przedstawiona przez zamawiającego wykładnia komentowanego przepisu nie daje się zatem pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 P.z.p. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem prowadzić może do zakwalifikowania do drugiego etapu postępowania wykonawcy dysponującego mniejszym potencjałem (choć własnym) niż wykonawca polegający (w pełnym lub ograniczonym zakresie) na zasobach podmiotu trzeciego."

Reasumując, zdaniem Odwołującego, odwołanie wymaga uwzględnienia bowiem rażącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, art. 51 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp pozbawiło Odwołującego możliwości zakwalifikowania się do drugiego etapu przetargu i złożenia oferty Zamawiającemu.

W zakresie oceny wniosków Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera oraz Konsorcjum Abener, Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC Odwołujący podnosił następujące zarzuty.

- Zarzut dotyczący braku wykazania niepodlegania wykluczeniu

Zgodnie z brzmieniem pkt. III.2.1) - Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego: Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać

105

się Wykonawcy, którzy na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podlegają wykluczeniu oraz przedstawia aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp (zaświadczenie o niekaralności podmiotu trzeciego), wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; Jednocześnie, zgodnie z pkt. III.2.1.2 - 3: Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 1. ppkt 2), 4), 5) i 6) składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości; b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 2. i 3., zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. 5. Dokumenty, o których mowa w pkt 2. lit. a) i c) oraz w pkt 3. powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnosił, iż wykonawcy: Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Abener oraz Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC nie wykazali, że nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp.

a) Konsorcjum GE-Iberdrola

W skład Konsorcjum GE-Iberdrola wchodzi spółka Iberdrola Ingenieria y Construcción S.A. z siedzibą w Hiszpanii. Na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu przez tę spółkę złożono oświadczenie złożone przed notariuszem wraz z tłumaczeniem (str. 170-180 wniosku). Tymczasem, w Hiszpanii są wydawane zaświadczenia o niekaralności spółki, stanowiące odpowiednik polskiego zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego. Jest to dokument wydawany przez Ministerstwo Sprawiedliwości - Centralny Rejestr Skazanych. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż Konsorcjum GE-Iberdrola winno przedstawić w odniesieniu do spółki Iberdrola Ingenieria y Construcción S.A. takie zaświadczenie. Niewątpliwie bowiem

możliwość zastąpienie dokumentu urzędowego oświadczeniem złożonym przed notariuszem dotyczy wyłącznie tych podmiotów zagranicznych, w których kraju siedziby nie wydaje się dokumentów potwierdzających niekaralność,

b) Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera

Te same zarzuty dotyczą również wniosku Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera, w skład którego wchodzi hiszpańskie spółki: Dragados S.A. i Duro Felguera S.A. W odniesieniu do obu tych podmiotów nie przedłożono zaświadczenia wydawanego przez odpowiedni organ, tylko zastąpiono je oświadczeniami złożonymi przed notariuszem wraz z tłumaczeniami (str. 317-322 wniosku w zakresie dot. Duro Felguera S.A. oraz str. 193 - 203) wniosku w zakresie dot. Dragados S.A.)

c) Konsorcjum Abener

Tożsame zarzuty dotyczą również Konsorcjum Abener, w którego skład wchodzi: Abener Energia S.A. i Abener Ghenova Ingenieria S.L. W odniesieniu do obu tych podmiotów (posiadających siedzibę w Hiszpanii) nie przedłożono zaświadczenia wydawanego przez odpowiedni organ, tylko zastąpiono je oświadczeniami złożonymi przed notariuszem wraz z tłumaczeniami (str. 204-230 wniosku w zakresie dot. Abener Energia S.A. oraz str. 231-266 wniosku w zakresie dot. Abener Ghenova Ingenieria S.L.)

d) Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC

Te same zarzuty dotyczą również Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC, w którego skład wchodzi Initec Energia S.A. W odniesieniu do tego podmiotu (posiadającego siedzibę w Hiszpanii) nie przedłożono zaświadczenia wydawanego przez odpowiedni organ, tylko zastąpiono je oświadczeniami złożonymi przed notariuszem wraz z tłumaczeniami.

Nadto, również załączone przez Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC oświadczenie o niekaralności Initec Energia S.A. nie jest prawidłowe. Odwołujący wskazywał, iż oświadczenie to nie zostało złożone przed notariuszem. Jak wynika z załączonego tłumaczenia notariusz zaświadczył jedynie, iż podpis zawarty pod oświadczeniem należy do Pani Teresy Celestion de la Iglesia. Jednocześnie oświadczenie złożone przez Panią Teresę Celestion de la Iglesia nosi datę 18 stycznia 2012r., a data poświadczenia to 19 stycznia 2012r. Wobec braku jedności czasowej złożenia oświadczenia i poświadczenia podpisu, nie sposób uznać by oświadczenie mogło zostać złożone przed notariuszem.

Reasumując, wobec braku wykazania przez Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Abener oraz Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC nie podleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp, Zamawiający winien wezwać te podmioty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia właściwych dokumentów, a w przypadku nie uzupełnienia dokumentu w wyznaczonym terminie, wykluczyć tych wykonawców z postępowania.

- Zarzut dotyczący naliczenia niewłaściwej ilości punktów Konsorcjum Abener

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający nieprawidłowo naliczył punkty przyznane Konsorcjum Abener. Z pisma zawierającego ocenę wniosków wynika, iż Konsorcjum Abener otrzymało 10 punktów. Jednocześnie punkty te zostały otrzymane wyłącznie za spełnianie warunku o jakim mowa w Sekcji III 2)3. Ogłoszenia pkt 1. ppkt a. Za pozostałe warunki bowiem, to jest za spełnianie warunku o jakim mowa w Sekcji III 2)3. Ogłoszenia pkt 2. ppkt a) oraz za warunek o jakim mowa w Sekcji III 2)3 Ogłoszenia pkt 2. ppkt b) przyznano Konsorcjum Abener 0 punktów. W wykazie dokumentującym potencjał techniczny tego wykonawcy (str. 31-35 wniosku Konsorcjum Abener) załączonym do wniosku na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w Sekcji III 2)3. Ogłoszenia pkt 1. ppkt a - zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto)

wskazano 15 inwestycji, z czego 14 nie spełnia jednak wymogu pkt. III.2.3. pkt. 1 a), a zatem nie powinna zostać przez Zamawiającego uwzględniona. Dotyczy to następujących inwestycji:

1. Planta Cogeneracion Nuevo Pemex, Abengoa Cogeneration Tabasco, S de R.L de CV - inwestycja ta nie została ukończona (zgodnie z wykazem: „Przewidziana do odbioru 21.09.2012r.”), a zatem nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. Hassi R'Mel - posiada za małą moc elektryczną (zgodnie z wymogiem minimalna moc winna wynosić minimum 160 MWE, tymczasem wskazana mocy wynosi 150 MWE), a zatem nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. Cogeneration Plant Bioethanol Rotterdam, Netherlands- posiada za małą moc elektryczną (zgodnie z wymogiem minimalna moc winna wynosić minimum 160 MWE, tymczasem wskazana mocy wynosi 50 MWE), a zatem nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
4. Emilio Portes Gil Thermal Power Station, Mexico - inwestycja ta nie dotyczy zaprojektowania, dostawy i uruchomienia kompletnego bloku gazowo-parowego, ale jedynie

108

jego modernizacji. Powyższe wynika zarówno z referencji przedłożonej przez Konsorcjum Abener (str. 72-84 wniosku), w którym wskazano: „Przedmiotem umowy jest publiczna budowa finansowana według ryczałtowej ceny a obejmująca dostawę, instalację i budowę jednego rekuperatora ciepła z dodatkowym spalaniem i jego integracja w cyklu kombinowanym (modernizacja) wraz z jego urządzeniami i układami pomocniczymi włącznie z pracami inżynierskimi, próbami rozruchem, częściami zamiennymi, wsparciem technicznym, transportami, aż do miejsca gdzie znajduje się elektrownia, podatkami, ubezpieczeniami i modernizacją układu sterowania i wszelkimi koniecznymi dostosowaniami do instalacji i obecnych układów w celu prowadzenia operacji w cyklu kombinowanym w sposób całościowy i niezawodny turbiny gazowej 150 MWE i turbin pary 37,5 MW (odpowiednio jednostki 4,1 i 2) istniejących w elektrociepłowni Emilio Portes Gil albo prowadzenie operacji wspólnie lub indywidualnie turbiny gazowej, zgodnie ze specyfikacjami technicznymi określonymi w rozdziale 8 OPZ”. Nadto, informacja ta została również wskazana na folderze załączonym do wniosku (str. 354 wniosku), w którym wprost wskazuje się, iż wykonano jedynie modernizację istniejącego bloku. Odwołujący wskazuje, iż przedmiotowa inwestycja polegała jedynie na dostawie i instalacji rekuperatora, a zatem jedynie urządzenia, który może stanowić element kompletnego bloku gazowo-parowego. Jak wyraźnie wynika z referencji w elektrowni istniały już turbiny gazowe, co potwierdza że blok został jedynie przez Wykonawcę zmodernizowany.

5. Biocarurantes de Castilla y Leon, SA- posiada za małą moc elektryczną (zgodnie z wymogiem minimalna moc winna wynosić minimum 160 MWE, tymczasem wskazana mocy wynosi zaledwie 25 MWE), a zatem nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

6. Hermosillo Thermal Power Staion, Mexico - inwestycja ta nie dotyczy budowy bloku gazowo-parowego, ale jego modernizacji. Do wniosku załączono folder gdzie wyraźnie wskazano, iż inwestycja polegała na: "repoweringu elektrowni gazowej z dwoma turbinami z przekształceniem w układ gazowo-parowy z jednym kotłem odzysknicowym, turbiną parową, skraplaczem powietrznym i urządzeniami pomocniczymi" (str. 353 wniosku).
7. El Sauz Thermal Power Staion, Mexico - inwestycja ta nie dotyczy budowy bloku gazowo-parowego, ale jego modernizacji. Do wniosku załączono folder informacyjny gdzie wyraźnie wskazano, iż inwestycja polegała na: "repoweringu elektrowni gazowej z dwoma turbinami gazowymi z przekształceniem w układ gazowo-parowy z dwoma kotłami odzysknicowymi, turbiną parową, skraplaczem powietrznym i urządzeniami pomocniczymi" (str. 352 wniosku).
8. Bahia de Vizcaya Thermal Power Plant -przedmiotowa inwestycja nie została wykonana przez żadną ze spółek wchodzących w skład Konsorcjum Abener. Inwestycję tą zrealizowało

109

konsorcjum: Babcock Wilcox Espanola S.A., Abengoa S.A. oraz Idom Inżynieria i Konsulting S.A. („Czasowa Unia Firm”). Na marginesie dodać trzeba, iż wykonawcy tej inwestycji nie udostępnili Konsorcjum Abener swojej wiedzy i doświadczenia. Wobec powyższego, inwestycja ta nie potwierdza spełniania przez Konsorcjum Abener warunku udziału w

postępowaniu.

9. Carrico, Portugal - wskazany blok gazowo-parowy posiada za małą moc elektryczną (zgodnie z wymogiem minimalna moc winna wynosić minimum 160 MWE, tymczasem wskazana mocy wynosi zaledwie 30 MWE), a zatem nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

10. Bioetanol Galicia S.A. - wskazany blok gazowo-parowy posiada za małą moc elektryczną (zgodnie z wymogiem minimalna moc winna wynosić minimum 160 MWE, tymczasem wskazana mocy wynosi zaledwie 25 MWE), a zatem nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

11. Cogeneracion Motril S.A.- wskazany blok gazowo-parowy posiada za małą moc elektryczną (zgodnie z wymogiem minimalna moc winna wynosić minimum 160 MWE, tymczasem wskazana moc wynosi zaledwie 45,88 MWE), a zatem nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nadto, nie załączono do wniosku stosownego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie prac. Co za tym idzie, nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

12. Sniace Cogeneracion S.A. - wskazany blok gazowo-parowy posiada za małą moc elektryczną (zgodnie z wymogiem minimalna moc winna wynosić minimum 160 MWE, tymczasem wskazana moc wynosi zaledwie 45,88 MWE), a zatem nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nadto, nie załączono do wniosku stosownego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie prac. Co za tym idzie, nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

13. Salta Thermal Power Station - została ukończona w 2000r., a zatem nie została zrealizowana w okresie ostatnich 10 lat przed dniem złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nadto, nie załączono do wniosku stosownego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie prac. Co za tym idzie, nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

14. Nehuenco Thermal Power Station - została ukończona w 1999r., a zatem nie została zrealizowana w okresie ostatnich 10 lat przed dniem złożenia wniosku o dopuszczenie do

110

udziału w postępowaniu. Co za tym idzie, nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Co za tym idzie zdaniem Odwołującego stwierdzić należy, iż Konsorcjum Abener nie spełnia nawet minimalnych warunków udziału w postępowaniu (nie wykonało minimum 3 inwestycji), a zatem winno zostać z niego wykluczone. Na marginesie Odwołujący wskazywał, iż błędne naliczenie przez Zamawiającego punktów przyznanych Konsorcjum Abener miało wpływ na wynik postępowania, bowiem pomiędzy Odwołującym a Konsorcjum Abener są zaledwie 2 punkty różnicy. W tym stanie rzeczy, złożone odwołanie jest słuszne i zasadne, a co za tym idzie winno ulec uwzględnieniu w całości.

W dniu 22 maja 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 24 maja 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienia:

- Konsorcjum GE-Iberdrola, wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów i żądań dotyczących Konsorcjum GE-Iberdrola. Konsorcjum GE-Iberdrola wskazywał, iż ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego i w oddaleniu odwołania, gdyż jest wykonawcą, którego amawiający zakwalifikował do kolejnego etapu Postępowania (złożenie ofert wstępnych). Interes Konsorcjum GE-Iberdrola wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa (zgdnie z treścią wyroku SO w Warszawie z 19 grudnia 2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07).

- Konsorcjum Abener, w którym wnosił o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów skierowanych przeciwko wnioskowi Konsorcjum Abener, zarzutów dotyczących wykluczenia Konsorcjum Abener z Postępowania oraz zarzutów dotyczących przyznania niewłaściwej punktacji wnioskowi Odwołującego - na podstawie art. 192 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że podniesione przez Odwołującego zarzuty nie są zasadne. Zgodnie z

przeprowadzoną przez Zamawiającego oceną wniosek złożony przez Konsorcjum Abener został sklasyfikowany na piątej pozycji, co zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu powoduje, że Konsorcjum Abener zostanie zaproszone do dalszego etapu Postępowania. Uwzględnienie odwołania w części dotyczącej zarzutów skierowanych przeciwko wnioskowi Konsorcjum Abener oraz zarzutów dotyczących przyznania niewłaściwej punktacji wnioskowi Odwołującego może spowodować, że wniosek Konsorcjum Abener zostanie sklasyfikowany poniżej 5 pozycji. W następstwie powyższego Konsorcjum Abener nie zostanie zaproszone do

111

dalszego etapu Postępowania. Taki sam skutek nastąpi w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania dotyczących wykluczenia Konsorcjum Abener z udziału w Postępowaniu. Jednocześnie rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego umożliwi Konsorcjum Abener uniknięcie powyższych konsekwencji, a tym samym po stronie Przystępującego nie dojdzie do powstania szkody majątkowej związanej z utraconymi korzyściami które mógłby osiągnąć, gdyby jego wniosek został dopuszczony do udziału w kolejnym etapie Postępowania, a następnie gdyby złożył najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu.

W dniu 25 maja 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienia:

- Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż ma interes w oddaleniu odwołania i uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ Odwołujący postawił zarzut błędnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny wniosków. W przypadku zatem uwzględnienia odwołania i uznania za nieprawidłowe działań Zamawiającego, zgłaszający przystąpienie może utracić szansę na udział w Postępowaniu i realizację zamówienia, a więc występuje ryzyko poniesienia przez niego szkody. Podnosił, że pojęcie interesu wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po jednej ze stron postępowania o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp podlega szerokiej interpretacji i nie powinno być kojarzone wyłącznie z interesem odwołującego wymienionym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Za taką interpretacją opowiedziała się KIO w wyroku z 9 listopada 2012 r. stwierdzając, że interes wykonawcy w przystąpieniu do postępowania odwoławczego należy rozumieć jako „(...) jakkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje, wygra postępowanie odwoławcze. Ponadto, interes wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego nie musi być związany z konkretnym, toczącym się postępowaniem (tak: Patryka Mariusz Prz.publ.2010.3.16, 112600/1). Zgłaszający przystąpienie stał na stanowisku, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wszystkich wniosków zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp a także Ogłoszeniem o zamówieniu. Z uwagi na powyższe zgłaszający przystąpienie kwestionował zarzuty podniesione w odwołaniu i wniósł o jego oddalenie w całości

- Konsorcjum POL-AQUA Dragados-Duro Felguera, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż uwzględnienie odwołania i rozstrzygnięcie na korzyść Odwołującego, zgodnie z jego żądaniami, mogłoby spowodować wykluczenie Konsorcjum POL-AQUA Dragados-Duro Felguera z Postępowania i tym samym utratę

112

możliwości złożenia oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Nie epodlega zatem wątpliwości, iż ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, do którego przystępuje, które potwierdzałoby tym samym prawidłowość dokonania oceny wniosków przez Zamawiającego i zakwalifikowania Konsorcjum POL-AQUA Dragados-Duro Felguera do dalszego udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji do zaproszenia go do złożenia oferty, co umożliwić będzie uzyskanie zamówienia.

W dniu 24 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

- Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas, w którym zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż posiada interes w dokonaniu powyższej czynności. Zważywszy na fakt

złożenia własnego odwołania oraz podniesione w nim zarzuty i żądanie, liczy on, że wskutek jego uwzględnienia oraz uwzględnienia odwołania Odwołującego zostanie zakwalifikowany do dalszego etapu Postępowania;

- Rafako S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, w którym zgłaszający przystąpienie wskazywał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, gdyż na skutek czynności podjętych przez Zamawiającego doszło nieprawidłowej oceny wniosków złożonych w Postępowaniu, a co za tym idzie przyznaniu zgłaszającemu przystąpienie mniejszej ilości punktów niż wynika to z przedłożonych referencji. Dodatkowo odrzucenie ofert wykonawców wymienionych w odwołaniu spowoduje, że wniosek zgłaszającego przystąpienie powinien być zakwalifikowany do dalszego etapu Postępowania.

Odwołujący w piśmie z 5 czerwca 2012 r. przedstawił dodatkową argumentację. Wskazywał, iż zakwestionował w odwołaniu spełnianie przez Konsorcjum Abener warunku postawionego w pkt. III.2.3 pkt. 1 a) Ogłoszenia o zamówieniu, a co za tym idzie również ilość punktów przyznaną temu wykonawcy. Zgodnie bowiem z ww warunkiem wykonawcy winni w zakresie budowy bloku gazowo-parowego w formule "pod klucz": wykazać się wykonaniem przynajmniej 3 (trzech) zamówień, których zakres przedmiotowy obejmował: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy, to w tym okresie. Odwołujący w ślad za złożonym odwołaniem, wskazywał:

113

1. W zakresie zarzutów dot. inwestycji *Emilio Portes Gil Thermal Power Station Mexico*, Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z referencją załączoną do wniosku przedmiotowa inwestycja polegała jedynie na dostawie i instalacji rekuperatora, a nie kompletnego bloku gazowo - parowego. Odwołujący wyjaśnia, iż blok gazowo-parowy stanowi układ kombinowany składający się z:

- turbozespołu gazowego do produkcji energii elektrycznej,
- kotła odzysknicowego wykorzystującego ciepło spalin wylotowych z turbiny gazowej do produkcji wody i podgrzewu wody sieciowej,
- turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej do produkcji energii elektrycznej i ciepła w gospodarce skojarzonej,
- urządzeń i budynków towarzyszących, między innymi: budynek sterowania elektrownią, układ chłodzenia, rurociągi gazu, wody, kanalizacji itd.

Rekuperator natomiast jest urządzeniem stosowanym w systemach wentylacyjnych, które umożliwia odzyskiwanie ciepła z powietrza wywiewanego na zewnątrz budynku lub pomieszczenia. Rekuperator może zatem (ale nie musi) być jedynie elementem bloku gazowo-parowego. Niewątpliwie zatem dostawa samego rekuperatora nie może być traktowana jako dostawa kompletnego bloku gazowo-parowego. Co więcej rekuperator nie jest nawet istotnym, czy też niezbędnym elementem bloku gazowo-parowego.

dowód: definicja rekuperatora ze słownika języka polskiego: <http://sjp.pwn.pl/haslo.php?id=2573826>

Nadto, co wyraźnie wynika z załączonej referencji w elektrowni Emilio Portes w elektrowni istniały już turbiny gazowe, co potwierdza że blok został jedynie przez Wykonawcę zmodernizowany. Na stronie str. 74 referencji dot. elektrowni Emilio Potres wskazano wartość inwestycji wykonanej przez Abener która wynosi 31 mln \$. Tymczasem rynkowa wartość zaprojektowania, dostawy i uruchomienia bloku gazowo-parowego o mocy 200-270 MWe to koszt ok. 1 mld PLN czyli ok. 285 mln \$. Za wskazaną w referencji cenę nie można zatem wykonać kompletnego bloku gazowo-parowego.

dowód:

1. artykuł dot. budżetu na budowę podobnego bloku Pomorzany: <http://budownictwo.wnp.pl>
2. Informacje umieszczone na stronie: <http://www.abeinsa.es> wraz z tłumaczeniem.

114

2. W zakresie zarzutów dot. inwestycji Hermosillo Thermal Power Station, Mexico Odwołujący wskazywał, iż inwestycja ta nie dotyczy wykonania bloku gazowo-parowego EPC „pod klucz”, ale jego modernizacji. Wynika to nie tylko z samego dokumentu załączonego do wniosku (folder informacyjny), ale również z oficjalnych publikacji (raport roczny spółki Abengoa S.A.) zamieszczanych przez spółkę Abengoa S.A. (spółka dominująca) na stronach internetowych: www.abengoa.com: „(...) *Federalna Komisja Energetyczna* przyznała Abener budowę pod klucz projektu poszerzenia o układ kogeneracyjny elektrociepłowni Hermosillo położonej na północny wschód od miasta Hermosillo w stanie Sonora. Projekt obejmuje konwersję do układu kogeneracyjnego istniejącego bloku turbogazowego Siemens-Westinghouse, a więc dodanie wydajności netto 88 MWe”. Wskazany fragment wyraźnie wskazuje, iż przedmiotowa inwestycja nie polegała na zaprojektowaniu, dostarczeniu, montażu i uruchomieniu kompletnego bloku gazowo-parowego o mocy minimum 160 MWe, ale jedynie na dodaniu do istniejącego bloku gazowo-parowego jednego układu kogeneracyjnego, wskutek którego wydajność wzrosła o 88 MWe. Nadto, jak już wyżej wspomniano, wartość inwestycji w formule „pod klucz” polegającej na dostawie kompletnego bloku gazowo-parowego wynosi ok. 1 mld złotych. Tymczasem inwestycja w Hermosillo wyniosła zaledwie 77 mln \$.

dowód:

1. publikacja zamieszczona na stronie internetowej www.abengoa.com

2. publikacja zamieszczona na stronie internetowej: www.bnamerica.com

Pismem z 6 czerwca 2012 r. Zamawiający, działając w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił przedmiotowe odwołanie w zakresie niepotwierdzenia spełnienia warunku określonego w Sekcji III.2.3) pkt 1a Ogłoszenia o zamówieniu przez Konsorcjum Abener i wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie, w pozostałym zakresie wnosił o jego oddalenie.

Zamawiający wskazywał, iż Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu:

1. art. 57 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo zaniżonej ilości punktów za ocenę spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;
2. art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b) ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie przy ocenie warunków udziału w postępowaniu potencjału podmiotu trzeciego jakim legitymowało się Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo;

115

-
3. art. 57 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum Abener zawyżonej liczby punktów za ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
 4. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Konsorcjum Abener spełnia warunki udziału w postępowaniu i zaniechanie wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania;
 5. art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Abener, Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC, pomimo nie wykazania przez tych Wykonawców, iż nie podlegają wykluczeniu z Postępowania;
 6. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia publicznego Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Ad 1 i 2.

Zamawiający nie zgadzał się z ww. zarzutami. Stał na stanowisku, iż nieuwzględnienie przy punktacji zadań udostępnionych przez podmioty trzecie (Siemens AG i General Electric International Inc.) jest zgodne z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp i nie stanowi niezgodnego z prawem zaniżenia ilości punktów przyznanych Odwołującemu. Odwołujący we wniosku przedstawił 4 inwestycje własne w zakresie warunku określonego w Sekcji III.2.3) pkt 1a ogłoszenia o zamówieniu. Dla potwierdzenia spełnienia pozostałych warunków (III.2.3) pkt 2a i 2b) Odwołujący wskazał liczne zadania udostępnione na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez Siemens AG i General Electric International Inc.

Zamawiający na podstawie wszystkich wykazanych zadań uznał, iż Odwołujący wykazał spełnianie minimalnych warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Przyznając następnie punkty, za 4 zamówienia zrealizowane przez członka Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo (warunek III.2.3) pkt 1a), Zamawiający przyznał 8 punktów, czyli po 2 za każde zamówienie (zgodnie z zapisami Sekcji V1.3) pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu). Zamawiający nie przyznał punktów za zadania wykazane na potwierdzenie spełniania warunków III.2.3) pkt 2a i 2b, gdyż w tym zakresie Odwołujący polegał wyłącznie na doświadczeniu innych podmiotów.

116

Zamawiający wskazywał, iż jest zdania, iż takie stanowisko wynika bezpośrednio z przepisów ustawy Pzp, dlatego też nie musiało być dodatkowo regulowane w treści ogłoszenia o zamówieniu (por. wyrok KIO z dnia 17 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO 232/12, KIO 243/12). Za zasadnością takiego stanowiska przemawiają następujące argumenty.

1. Regułą (zasadą) zarówno w prawie europejskim (dyrektywy) jak i w prawie krajowym (ustawa Pzp) jest, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy posiadający określone, niezbędne doświadczenie (art. 48 ust. 2 dyrektywy, art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).
2. Odstępstwem od tej zasady - zarówno w prawie europejskim (dyrektywy) jak i w prawie krajowym (ustawa Pzp) - jest dopuszczenie możliwości wykazywania „posiadania niezbędnego doświadczenia” poprzez możliwość korzystania z niezbędnego doświadczenia innych podmiotów, jeżeli wykonawca będzie mógł nimi dysponować w trakcie realizacji zamówienia (art. 48 ust. 3 dyrektywy, art. 26 ust. 2b ustawy Pzp).
3. Zarówno w prawie europejskim (dyrektywy) jak i w prawie krajowym (ustawa Pzp) możliwość korzystania z doświadczenia - będącego w posiadaniu innego podmiotu - ograniczone jest tylko do doświadczenia niezbędnego. Nie jest też chyba spornym, iż *niezbędne doświadczenie* to doświadczenie *wymagane, konieczne, nieodzowne*; doświadczenie bez posiadania którego, czy też bez prawa do dysponowania takim doświadczeniem - wykonawca zostaje wykluczony z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp), na takim etapie, że jego wniosek nie będzie podlegał już dalszej ocenie.

Dlatego też, dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, których spełnienie jest niezbędne, aby wykonawca nie został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, należy wziąć pod uwagę zarówno realizacje wykonane samodzielnie przez wykonawców, jak i te, które zostały udostępnione wykonawcom przez inne podmioty w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jeżeli zaś prawo wskazuje na możliwość posilkowania się zasobami innego podmiotu tylko w zakresie niezbędnym, to w odniesieniu do tego, co przekracza zakres czy też poziom „niezbędnego doświadczenia” - przepisy art. 48 ust. 3 dyrektywy i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - zasoby innego podmiotu nie mają zastosowania. To logiczna i uprawniona teza wynikająca wprost z powołanych wyżej przepisów prawa. Podkreślić należy, że warunki udziału w postępowaniu i ocena ich potwierdzenia przez wykonawcę nie jest i nie powinna być abstrakcyjną procedurą powodującą swobodną i arbitralną ze strony zamawiającego eliminację z postępowania

117

niektórych wykonawców. To właściwie i poprawnie ukształtowany instrument selekcji wykonawców gwarantujących, iż zamówienie uzyskać może tylko ten wykonawca, który w ocenie zamawiającego zapewnia należyte jego wykonanie. Wskazuje na to również przepis art. 22 ust. 3 ustawy Pzp nakazujący, co jest zupełnie oczywiste, powiązanie warunku udziału w postępowaniu (opisu sposobu oceny potwierdzenia spełnienia) z przedmiotem zamówienia, z dodatkowym zastrzeżeniem zachowania zasady proporcjonalności. Niezbędne doświadczenie (niezbędny zasób w terminologii art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), jako warunek udziału w postępowaniu, to miernik określonego poziomu pewności, jaką chce uzyskać zamawiający, iż realizację zamówienia powierzy wykonawcy, który sam posiada lub wykorzysta w trakcie wykonywania zamówienia, oddane mu do dyspozycji, konieczne,

niezbędne umiejętności. Wykonawca potwierdzając samodzielne posiadanie niezbędnych umiejętności (niezbędnego, nieodzownego, koniecznego doświadczenia), lub wykorzystywanie w trakcie realizacji oddanego mu do wykorzystywania (do dyspozycji) doświadczenia, spełnia wymagania umożliwiające mu dalsze ubieganie się o uzyskanie zamówienia. Należy również zwrócić uwagę, iż uprawnienie wynikające z przepisów art. 48 ust. 3 dyrektywy oraz art. 26 ust. 2b ustawy wiąże się wprost z realizacją zamówienia, co wynika z treści tych przepisów. Dlatego zdaniem Zamawiającego nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego, iż prawo nie różnicuje doświadczenia wykazywanego w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu od doświadczenia wykazywanego w celu polepszenia pozycji wykonawcy w ocenie stopnia posiadanego doświadczenia. Tym wyróżnikiem jest ujęte w prawie (europejskim i krajowym) wskazanie na „niezbędne doświadczenie”. Wskazać należy także, iż linia orzecznicza przedstawiona przez Odwołującego nie jest jedyną, jaka ukształtowała się w tej kwestii w orzecznictwie KIO. Na potwierdzenie należy wskazać wyroki, które przeczą tezom podnoszonym przez Odwołującego a w pełni potwierdzają zasadność stanowiska Zamawiającego.

Jako pierwszy należy wskazać wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11) opisywany w Rzeczpospolitej z dnia 24.11.2011 r., który zapadł w czasie gdy przygotowywane było ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu. Istota opisanego wyżej stanowiska, w powołanym wyroku została ujęta następująco:

Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pzp, dopuszczając możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, stanowi wyjątek od reguły wykazania przez samego wykonawcę potencjału i zdolności w zakresie wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym, niezbędnego do realizacji zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu podmiot trzeci udostępnia zasoby "niezbędne" do realizacji

118

zamówienia, czyli takie bez których realizacja zamówienia nie jest możliwa. Zatem należy przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyżej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert czyli do tzw. "zawyżania punktacji".

Odmienne interpretacja i dopuszczenie możliwości "użyczania" sobie wzajemnie zasobów przez wykonawców jedynie dla "zawyżenia punktacji" i wyeliminowania konkurencji, mogłaby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa przepis art. 26 ust. 2 b, a jest nim zwiększenie konkurencyjności podmiotów, biorących udział w postępowaniu przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba popiera w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 5 listopada 2010 roku Sygn. akt KIO 2287/10 i Sygn. akt KIO 2307/10, który został potwierdzony wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 roku, Sygn. akt V CA 3036/10.

Jak jednak wynika z zacytowanej treści powołanego wyżej orzeczenia, takie stanowisko zostało wyrażone także we wcześniejszym wyroku KIO z dnia 5 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2287/10 i sygn. akt KIO 2307/10) i co istotne, potwierdzone wyrokiem Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r. (sygn. akt V CA 3036/10). Sąd oddalił skargę i stwierdził w uzasadnieniu: *należy w całości podzielić argumentację zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia.*

Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO 232/12, KIO 243/12) zawiera szczególnie obszerną, kompleksową i wyczerpującą argumentację, która w pełni potwierdza prawidłowość działań Zamawiającego. Ze względu na objętość tej argumentacji, Zamawiający przytacza jedynie niektóre jej fragmenty:

Izba uznała, iż stanowisko Zamawiającego uznające, iż z zasobów podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp korzystać można wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych następnie do złożenia ofert, uznać należy za słuszne.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego

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 wykonywaniu zamówienia. Tym samym art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu, gdzie dwukrotnie akcentuje się niezbędny charakter udostępnianych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W ocenie Izby zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia, jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia, a o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. (...)

W ocenie Izby także wykładnia systematyczna przemawia za przyjęciem powyższego stanowiska. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje się bowiem w Rozdziale I Działu II ustawy Pzp, tj. w tym samym Rozdziale, co przepisy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z wykładni systematycznej wysnuć można zatem zasadny wniosek, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie do warunków udziału w postępowaniu, tj. minimalnych wymogów, jakie musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast nie ma zastosowania do przewidzianych w art. 51 ust. 2 ustawy Pzp ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11: "Niewątpliwym jest, iż art. 26 ust. 2b ustawy Pzp daje wykonawcy możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu także poprzez poleganie "na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków (.).". Celem tego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, który dopuszcza poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Przepis ten wprowadzono bowiem jako szczególną regulację umożliwiającą wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu - i z tą sytuacją samodzielnego niespełnienia warunku powiązaną - ubieganie się o zamówienie, jeśli w sposób opisany w tym przepisie udowodni, że odpowiednimi zasobami w momencie

realizacji zamówienia będzie dysponował jak własnymi. Skorzystanie z potencjału podmiotów trzecich jest więc możliwe wyłącznie w ściśle określonym celu, a mianowicie dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu".

Co do podnoszonych w odwołaniu okoliczności, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu nie ograniczył w żadnym stopniu możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich, co skutkuje tym iż na etapie oceny wniosków nie jest już uprawniony do zmian w tym zakresie, stwierdzić należy, co następuje. Zdaniem Izby okoliczność, czy Zamawiający zawarł taki opis w treści ogłoszenia o zamówieniu, nie może mieć waloru przesądzającego o zasadach, wedle których dokonuje on następnie oceny wniosków. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie ma charakteru dyspozytywnego i zakres jego zastosowania nie zależy od decyzji Zamawiającego ujawnionej w treści ogłoszenia. Tym samym niewskazanie w treści ogłoszenia o zamówieniu, iż na potrzeby punktacji Zamawiający uwzględni będzie wyłącznie doświadczenie własne, nie skutkuje niedopuszczalnością takiej oceny przez Zamawiającego, skoro znajduje ona bezpośrednie oparcie w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Wyrok KIO z dnia 5 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 331/12, KIO 333/12):

(...) Izba uznała, iż stanowiska Odwołujących uznających, iż z zasobów podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp korzystać można wyłącznie na potrzeby wykazania

spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, nie na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych następnie do złożenia ofert, uznać należy za słuszne i w konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7, 26 ust. 2b, 51 ustawy Pzp może mieć wpływ na wynik niniejszego postępowania.

Poza przytoczonym orzecznictwem KIO, należy także wskazać na stanowisko doktryny w tym zakresie. W czasie, w którym Zamawiający przygotowywał ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu ukazał się także Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2011, w którym opublikowano opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych („Kontrola udzielania zamówień publicznych” „Zagadnienie dysponowania przez wykonawców zasobami podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w świetle nieprawidłowości stwierdzonych w świetle wyników kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa UZP”), w której na str. 23 wyrażony został pogląd: (...) *na gruncie wykładni literalnej, jak też celowościowej powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści*

121

się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Innymi słowy, zamawiający - w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym, niż wynika to z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami.

Reasumując, twierdzenie Odwołującego, iż jego odwołanie wymaga uwzględnienia ze względu na rażące naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 2 b, art. 51 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest całkowicie bezpodstawne i jako takie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad 3. i 4.

Zamawiający za zamówienia spełniające wymagania opisane w Sekcji III.2.3 pkt 1a) ogłoszenia o zamówieniu przyjął następujące pięć zamówienia:

- Ain Beni Mathar - świadectwo odbioru tymczasowego,
- Emilio Portes Gil Thermal Power Station - potwierdzenie wstępnego odbioru - podważane przez Odwołującego (modernizacja);
- Hermosillo Thermal Power Station - list referencyjny - podważane przez Odwołującego (modernizacja);
- El Sauz Thermal Power Station - list referencyjny - podważane przez Odwołującego (modernizacja);
- Bahia de Bizcaia Thermal Power Plant - list referencyjny - podważane przez Odwołującego (inwestycja nie wykonana przez żadnego z członków Konsorcjum Abener).

Podstawą do uznania przez Zamawiającego tych referencji jako spełniające wymagania ogłoszenia było oświadczenie Wykonawcy we Wniosku na stronach 30 - 35, gdzie Wykonawca oświadcza, że wykonał wymienione zamówienia i podał niezbędne dane

122

wymagane w ogłoszeniu, oraz na podstawie poświadczeń o należyтым wykonaniu tych zamówień przedstawionych we Wniosku:

- na stronach 49-53 - dla zadania Ain Beni Mathar,
- na stronach 74-84 dla zadania Emilio Portes Gil Thermal Power Stadion,
- na stronach 93-95 dla zadania Hermosillo Thermal Power Stadion (w referencjach wskazano jako jednego z wykonawców spółkę Abener Energia S.A.),
- na stronie 97 dla zadania El Sauz Thermal Power Stadion,

- na stronach 102-105 dla zadania Bahia de Bizcaia Thermal Power Plant.

Analizując jednak jeszcze raz informacje zamieszczone we wniosku Konsorcjum Abener, Zamawiający dochodził do wniosku, iż jedynie zadania:

- Hermosillo Thermal Power Station,
- El Sauz Thermal Power Station

właściwie potwierdzają spełnianie przedmiotowego warunku (Seksja III.2.3) pkt 1a) ogłoszenia). Obejmują one właściwy zakres, a także co wynika z referencji, były wykonane przez Wykonawcę.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu, iż zadanie Bahia de Bizcaia Thermal Power Plant nie zostało wykonane przez Konsorcjum Abener (co wynika z przedłożonych referencji), Zamawiający przyznawał, że wynika z nich, iż wykonawcą nie była żadna z firm tworzących w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum Abener. Podobnie, jeśli chodzi o nie kwestionowane zadanie Ain Beni Mathar.

Zamawiający przyznawał też, iż potwierdził się zarzut, iż z referencji wynika zbyt wąski zakres dla zadania Emilio Portes Gil Thermal Power Station (realizacja obejmowała tylko część bloku gazowo-parowego w zakresie układu odzysku ciepła).

W związku z tym niezbędne jest uwzględnienie odwołania w zakresie potwierdzonych zarzutów i powtórzenie czynności oceny wniosku Konsorcjum Abener z zastosowaniem procedury wyjaśnienia sprzeczności pomiędzy oświadczeniem Wykonawcy a treścią referencji.

Ad 5.

Zamawiający wskazywał, że stoi na stanowisku, że wystarczające do potwierdzenia, iż wobec spółek hiszpańskich biorących udział w postępowaniu nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie są przedłożone oświadczenia złożone przed notariuszem.

123

Wystawiane od końca grudnia 2011 r. zaświadczenie dotyczy kar wskazanych w art. 33 ust. 7 lit. F i art. 262 Kodeksu karnego Królestwa Hiszpanii, tj. kary zakazu uczestnictwa w przetargach sądowych oraz kary zawierania umów z organami administracji publicznej. Nie odnosi się więc do wymaganego w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp zakazu uczestnictwa w przetargach publicznych. Przetargi sądowe nie stanowią odpowiednika przetargów publicznych, zaś umowy z organami administracji publicznej nie wyczerpują wszystkich zamówień publicznych. Ponadto należy wskazać, iż przepisy o zamówieniach publicznych wymagają, aby dokumenty na potwierdzenie braku zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne były wystawione nie wcześniej niż 6 m-cy przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który w przedmiotowej procedurze upłynął w dniu 22.03.2012 r. Tak więc Zamawiający musi honorować dokumenty na ww. okoliczność wystawione najwcześniej 22.09.2011 r., kiedy to nie wystawiano jeszcze przedmiotowych zaświadczeń (były one wystawiane jedynie przez 3 m-ce z wymaganego okresu 6 m-cy). Siłą rzeczy w przedmiotowym postępowaniu możliwe było wykazywanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania za pomocą oświadczenia złożonego przed notariuszem. Trudno natomiast uznać, aby zasadne i celowe byłoby odmienne traktowanie takich samych oświadczeń złożonych przed notariuszem przez dwie różne firmy hiszpańskie, przedłożonych w jednym postępowaniu, tylko dlatego, iż jedno zostało złożone 4 m-ce przed upływem terminu składania wniosków, zaś drugie 3 m-ce przed terminem składania wniosków, kiedy to zaczęto wydawać wskazane przez Odwołującego zaświadczenie. Podobną argumentację przedstawił skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w prowadzonym równolegle przez Zamawiającego postępowaniu na *Budowę nowego bloku gazowo-parowego w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrociepłownia Gorzów*, w wyroku z dnia 21 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO 873/12, KIO 884/12, KIO 885/12, KIO 886/12), co potwierdza poprawność przyjętego przez Zamawiającego stanowiska.

Podniesiony dodatkowo względem Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC zarzut, iż oświadczenie o braku zakazu ubiegania się o zamówienie nie zostało podpisane przed notariuszem należy uznać za nieudowodniony. Odwołujący nie wykazał bowiem, że w świetle przepisów hiszpańskich w sprawie kształtu notariatu w tym państwie, notariusz rzeczywiście nie odebrał złożonego oświadczenia, tj. nie zapoznał się z jego treścią. W związku z tym brak podstaw do przyjęcia, iż przedmiotowe oświadczenie nie spełnia wymagań rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, a tym samym należy stwierdzić, że zarzuty Odwołującego są niezasadne.

Duro Felguera), Abener Energia S.A. i Abener Ghenova Ingenieria Sp. z o.o. (Konsorcjum Abener) oraz INITEC Energia S.A. (Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC) w wystarczający sposób potwierdzają brak podstaw do wykluczenia. Cel nieudzielenia zamówienia podmiotowi podlegającemu wykluczeniu zostanie więc osiągnięty.

Ad 6.

Powyższy zarzut nie został potwierdzony, gdyż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu:

- nie dokonywał czynności oceny i wyboru oferty,

- nie dąży do udzielenia zamówienia publicznego Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, co potwierdza powyższe uzasadnienie.

Zamawiający wycofał się z uwzględnienia w toku postępowania odwoławczego w oparciu o stanowisko przedstawione w piśmie Konsorcjum Abener z 6 czerwca 2012 r.

Konsorcjum Abener pismem z dnia 6 czerwca 2012 r. ustosunkowało się do zarzutów odwołania.

1. Nieuprawniony zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 57 ust. 1 PZP oraz art. 22 ust. 1 PZP w zw. z art. 26 ust. 2b) PZP, a w konsekwencji przyznania wnioskowi Odwołującego zaniżonej liczby punktów

Przystępujący nie zgadzał się ze stanowiskiem Odwołującego. Zwracał uwagę, iż Zamawiający dopuścił możliwość polegania przez wykonawców na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich w treści punktu VI. 3) Ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie Zamawiający nie wskazał w treści Ogłoszenia, iż dokonując oceny wniosków (w zakresie przyznania dodatkowej punktacji), będzie również uwzględniał wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich. Z powyższego wynika, iż w żadnym miejscu Ogłoszenia Zamawiający nie wprowadził możliwości przyznania dodatkowej punktacji z tytułu referencji i zamówień przedłożonych jako udostępnione przez podmiot trzeci, nawet w niezbędnym zakresie dla spełnienia warunków Ogłoszenia. Tym samym o ile w treści Ogłoszenia nie wskazano inaczej, Zamawiający nie był uprawniony brać pod uwagę zamówień zrealizowanych przez podmioty trzecie w toku procedury przyznawania punktacji poszczególnym wnioskom. Ustawodawca dopuścił możliwość posługiwania się wiedzą oraz doświadczeniem podmiotów trzecich, jednakże wyłącznie na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższa możliwość wynika 125

bezpośrednio z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jednocześnie należy wskazać, iż powyższy przepis dotyczy wyłącznie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie zaś oceny punktowej wniosków. Świadczy o tym zarówno wykładnia językowa, jak również funkcjonalna wskazanego przepisu. W tym miejscu warto podkreślić, iż cały przepis tj. art. 26 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie kwestii dokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 22 ustawy Pzp podmiotem, który powinien spełnić warunki udziału w postępowaniu jest wykonawca. Wykonawca powinien spełnić warunki we własnym zakresie, opierając się na zdobytej wiedzy i doświadczeniu, a także na własnym potencjale osobowym oraz technicznym. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi wyjątek od powyższej zasady, umożliwiając wykonawcy skorzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich. Jako wyjątek wskazany przepis nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Zważywszy, iż ustawodawca ograniczył zastosowanie przedmiotowego przepisu wyłącznie do możliwości potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wiedza i doświadczenie podmiotów trzecich nie może być wykorzystane dla potrzeb przyznania dodatkowej punktacji wniosków. Zamówienia zrealizowane przez podmioty trzecie, na które powołuje się Odwołujący i z tytułu wykonania których żąda przyznania dodatkowej punktacji wychodzą poza zakres przedmiotowy art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż nie są one niezbędne dla potwierdzenia przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (brak wskazania przedmiotowych zamówień

nie spowodowałby wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu). Ocena wniosków w zakresie przyznania dodatkowej punktacji, o której mowa w art. 51 ustawy Pzp jest osobnym etapem Postępowania w stosunku do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Celem oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest dokonanie badania, czy dany wykonawca może w ogóle zostać dopuszczony do wzięcia udziału w postępowaniu. Natomiast celem oceny punktowej jest dokonanie klasyfikacji wniosków od najlepszego do najgorszego oraz wskazanie, którzy z wykonawców mogą zostać dopuszczeni do dalszego etapu postępowania. Art. 26 ust. 2b z racji jego umiejscowienia w ramach przepisów PZP dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu może służyć wyłącznie pierwszemu ze wskazanych celów. Art. 26 ust. 2b został wprowadzony do polskiego systemu prawa zamówień publicznych w następstwie implementacji art. 47 oraz 48 Dyrektywy 2004/18/WE. Wskazane przepisy Dyrektywy dotyczą wyłącznie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zamieszczone zostały w Rozdziale dotyczącym "kwalifikacji podmiotowej"), nie zaś oceny punktowej wniosków. Wskazane stanowisko Konsorcjum Abener znajduje odzwierciedlenie w bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym w szczególności w treści:

126

Orzeczenia rozszerzonego składu KIO z dnia 6.11.2011 r. (sygn. akt. 2283/11), zgodnie z którym: *"Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu podmiot trzeci udostępnia zasoby „niezbędne” do realizacji zamówienia, czyli takie bez których realizacja zamówienia nie jest możliwa. Zatem należy przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert czyli do tzw. „zawyżania punktacji”. Odmienna interpretacja i dopuszczenie możliwości „użyczania” sobie wzajemnie zasobów przez wykonawców jedynie dla „zawyżania punktacji” i wyeliminowania konkurencji, mogłaby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa przepis art. 26 ust. 2 b, a jest nim zwiększenie konkurencyjności podmiotów, biorących udział w postępowaniu przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu"*.

Orzeczenia rozszerzonego składu KIO z dnia 5.03.2012 r. (sygn. akt. KIO 331/12), zgodnie z którym: *"W niniejszym stanie faktycznym Izba przychyliła się do stanowisk Odwołujących, że przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie jest dopuszczalne powołanie się na doświadczenie innego podmiotu, jeżeli to miałoby służyć wyłącznie otrzymaniu przez danego wykonawcę większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców. Izba wzięła pod uwagę argumentację, że wykładnia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie pozwala Zamawiającemu uwzględnić doświadczenie i wiedzę podmiotów trzecich na potrzeby punktacji i ustalenia kolejności w rankingu wykonawców. Cel jak i brzmienie tego przepisu przesądzają o uprawnieniu posługiwania się przez wykonawców zasobami obcych wyłącznie w celu spełnienia warunków minimalnych udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, na co również zwrócili uwagę Odwołujący, iż praktyka polegająca na uwzględnianiu przez Zamawiających wiedzy i doświadczenia (a także innych zasobów) udostępnionych przez podmioty trzecie na potrzeby przyznawania punktów w ramach preeliminacji wykonawców w postępowaniach dwuetapowych może skutkować swoją patologią, polegającą na tym, że niektórzy wykonawcy, którzy nigdy nie uczestniczyli w dużych projektach i nie mają w ich realizacji żadnego doświadczenia zostają zaproszeni do złożenia oferty, gdyż uzyskują niejako na cudzym doświadczeniu punktację lepszą od wykonawców posługujących się, na potrzeby punktacji, wyłącznie własnym doświadczeniem"*.

127

Stanowisko Przystępującego Konsorcjum Abener znajduje dodatkowe potwierdzenie w opiniach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w tym w szczególności w opinii wyrażonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych numer 11/2011, zgodnie z którą: *"... zamawiający - w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie*

przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym., niż wynika to z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami."

Brak możliwości punktowania doświadczenia oraz wiedzy udostępnionej przez podmiot trzeci potwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 lutego 2011 roku (sygn. akt. V Ca 3036/10).

Mając na uwadze opisane okoliczności zarzut podniesiony przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

2. Nieuprawniony zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 57 ust. 1 PZP przez Zamawiającego, a w konsekwencji przyznania wnioskowi o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonemu przez Konsorcjum Abener zawyżonej liczby punktów

Przystępujący Konsorcjum Abener nie przeczył okoliczności, iż referencje dotyczące projektu Bahia de Vizcaya zostały wystawione przez ostatecznego odbiorcę tego Projektu na rzecz Abengoa S.A. Przystępujący nie przeczy, iż z wykazu Projektów zamieszczonego na stronie 29-35 wniosku Przystępującego wynika, że Projekt został zrealizowany przez Abener S.A. Jednocześnie należy podkreślić, iż wyłącznym celem załączania referencji jest wykazanie, iż roboty budowlane zostały wykonane z zasadami sztuki budowlanej i należycie ukończone. Powyższa okoliczność znajduje potwierdzenie w treści par. 1 ust. 1 punkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Referencje nie służą wskazaniu, jaki podmiot wykonał roboty budowlane objęte referencjami. Dla oceny powyższej okoliczności podstawowe znaczenie ma wykaz robót budowlanych sporządzony przez wykonawcę. Powyższa wykładania znajduje uzasadnienie w treści orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w tym w szczególności:

128

Orzeczenie KIO z dnia 26.03.2012 r. (sygn. akt KIO 514/12): *"Referencje, ani inne dokumenty, na potwierdzenie realizacji zamówień, nie muszą podawać ich wartość, ani nawet dokładnego opisu, ponieważ ich zadaniem - jest udokumentowanie przez wykonawcę składającego ofertę, należytego wywiązywania się z realizacji umów o zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia - w przetargach, w których uczestniczył poprzednio, lub przy realizacji takich zamówień na rzecz odbiorców niepolegających przepisom p.z.p."*

Orzeczenie KIO z dnia 26.04.2011 r. (sygn. akt KIO 744/11): *"Referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu, bowiem ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie, że usługi zostały zrealizowane. Podkreślić w tym miejscu również należy, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału a także aby wynikały z nich wskazany przez uczestnika postępowania odwoławczego katalog informacji."*

Orzeczenie KIO z dnia 6.08.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1537/10): *"Wykaz jest oświadczeniem wiedzy i woli wykonawcy potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a załączane do nich referencje mogą potwierdzać jedynie należyte wykonanie umów ujętych w tym wykazie"*

Z treści referencji dotyczących projektu Bahia de Vizcaya (strona 49-53 oraz 98-105 wniosku) wynika, że Projekt został wykonany w sposób zgodny z sztuką budowlaną, a tym samym załączone referencje spełniają cel, któremu służą przedmiotowe dokumenty - zgodnie z wskazanym par. 1 ust. 1 punkt 2 Rozporządzenia. Z treści wykazu zamieszczonego na stronie 29-35 wniosku Przystępującego wynika w sposób jednoznaczny, że projekt Bahia de Vizcaya zostały wykonane przez Abener. Wykaz, który stanowi formę oświadczenia Abener potwierdza tym samym, że Abener był rzeczywistym wykonawcą robót których dotyczyły referencje. Wykaz jako oświadczenie Abener (a nie załączone referencje) mają decydujące znaczenie dla oceny, jaki podmiot wykonał roboty budowlane objęte

Projektami. Należy podkreślić, iż Odwołujący nie wykazał, jakoby Projekt był w rzeczywistości wykonywany przez inne podmioty, w tym Abengoa S.A. (na rzecz której referencje wystawił podmiot będący ostatecznym odbiorcą Projektów). Mając na uwadze powyższe należy dojść do wniosku, że zarówno referencje, jak również wykazy o których mowa powyżej zostały sporządzone w sposób prawidłowy i odpowiadają celom, którym mają

129

służyć. W szczególności wskazane dokumenty potwierdzają, że Projekt zrealizował Abener, a także że Projekt został ukończony i wykonany w sposób prawidłowy.

Niezależnie od powyższego Przystępujący wyjaśniał, iż Abener S.A. jest spółką wchodzącą w skład grupy Abengoa S.A. Referencje dotyczące Projektów, o których mowa powyżej zostały wystawione na rzecz Abengoa S.A., jednakże roboty w zakresie wymaganym w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia zostały faktycznie zrealizowane przez Abener.

Dowód: Dokument zawierający oświadczenia Abengoa S.A. z dnia 28 maja 2012 r.

W dalszej kolejności należy podkreślić, iż bezzasadne są również zarzuty Odwołującego dotyczące Projektów: Emilio Portes Gil Thermal Power Station (Meksyk), Hermosillo Thermal Power Station (Meksyk) oraz El Sauz Thermal Power Plant (Meksyk).

Zamawiający w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia wymagał, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem w zakresie budowy bloku gazowo - parowego w formule "pod klucz". W ramach tych doświadczeń wykonawca powinien wykazać się realizacją w oparciu o odpowiednie systemy zarządzania zamówień, których zakres przedmiotowy obejmował: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż, i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo - parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto w okresie ostatnich dziesięciu lat. Zakres wymaganego doświadczenia został określony przez Zamawiającego w pierwszej kolejności poprzez użycie pojęcia "budowy" bloku gazowo - parowego. Podnieść w tym miejscu należy, że Zamawiający nie zdefiniował tego pojęcia w Ogłoszeniu, definicji jego nie ma również w ustawie Pzp. Dla ustalenia jego znaczenia zasadne wydaje się odwołanie do ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku - Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.), w ramach której pojęcie budowy zostało zdefiniowane jako *wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego*.

Zgodnie z powyższą definicją w wyniku budowy powstaje zawsze nowa substancja budowlana - obiekt budowlany lub jego część, (patrz. Robert Dziwiński, Paweł Ziemski, Prawo budowlane. Komentarz, ABC, 2006, wydanie II). Nowa substancja budowlana powstaje również w wyniku rozbudowy, która jak wynika z treści art. 3 pkt. 6 Prawa budowlanego mieści się w definicji pojęcia budowy. Rozbudowa polega na zmianie charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, takich jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość (patrz, wyrok NSA z dnia 6 września 2007 r., sygn. akt. II OSK 1180/2006, wyrok WSA w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt. II SA/Po 530/2007, wyrok WSA w Białymstoku z dnia 21 listopada 2006 r., sygn. akt II SA/Bk 428/2006, podobnie wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z

130

dnia 10 października 2007 r. UZP/ZO/0-1204/07). W konsekwencji przyjąć należy, że Zamawiający opisując wymagania w zakresie kwalifikacji technicznych w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia akceptował więc zarówno doświadczenia polegające na budowie bloku gazowo - parowego od nowa, jak również polegające na rozbudowie. W żaden sposób nie może dyskwalifikować doświadczenia Przystępującej fakt, iż w przedmiotowych projektach dokonywał rozbudowy istniejącej instalacji i wykonania kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo - parowego przy użyciu zastanych urządzeń. Wskazać w tym miejscu należy, że w żadnym z fragmentów Ogłoszenia Zamawiający nie formułuje warunku dostarczenia przez wykonawców wszystkich elementów bloku, a jedynie wykonanie i oddanie do eksploatacji kompletnego bloku gazowo - parowego. Istotne w tym zakresie było to, czy w ramach prac polegających na rozbudowie, zakres zadań obejmował: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż, uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo - parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto.

W ramach wyżej zakwestionowanych przez Odwołującą projektów: Emilio Portes Gil

Thermal Power Station (Meksyk), Hermosillo Thermal Power Station (Meksyk) oraz El Sauz Thermal Power Plant (Hiszpania) wymagany przez Zamawiającego zakres prac został wykonany, stąd zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Projekty El Sauz Thermal Power Plant (Meksyk) oraz Hermosillo Thermal Power Station (Meksyk) miały podobny charakter i obejmowały podobny zakres prac. Realizacja powyższych projektów sprowadzała się on po pierwsze do zaprojektowania rozbudowy instalacji składającej się jedynie z turbiny gazowej i instalacji pomocniczych, w tym filtrów powietrza i komina, na kompletny kogeneracyjny blok gazowo - parowy. Po drugie na wykonaniu rozbudowy, która w największym uogólnieniu sprowadzała się między innymi do:

- a) budowy nowych budynków i hal, w których posadowiono nowe urządzenia składające się na blok gazowo - parowy, w tym turbinę parową (budynki te kubaturą wielokrotnie przewyższały kontener w którym znajdowała się istniejąca instalacja turbiny gazowej)
- b) usadowieniu na terenie elektrociepłowni nowych budowli w tym kotła odzyskowego (rekuperatora ciepła) (instalacji kubaturowo wielokrotnie przewyższającej kontener w którym znajdowała się istniejąca instalacja turbiny gazowej)
- c) wybudowania tzw. zimnego komina, służącego do wyprowadzania spalin z kotła odzyskowego (który przewyższał dotychczasowy komin, który następnie w ramach projektu podlegał rozbiórce albo zaślepieniu i odcięciu od systemu)

131

- d) wybudowania chłodni (instalacji, które posadowiono na powierzchni przekraczającej powierzchnię terenu, na której posadowiona była instalacją turbiny gazowej);
- e) zainstalowania (montażu) urządzeń niezbędnych do budowy bloku parowo gazowego w tym w szczególności, turbiny parowej i rekuperatora ciepła wraz z wszelkimi urządzeniami i układami pomocniczymi, zintegrowanie ich z istniejącymi systemami w elektrowni w tym istniejącą turbiną gazową. Stanowiło to dodatkową trudność w wykonaniu zamówienia, gdyż wiązało się również z dokonywaniem rozbiórek istniejących instalacji, zmianą układu sterowania, dokonaniem prac koniecznych do dostosowania dotychczasowych układów do pracy w układzie kombinowanym istniejącej turbiny gazowej oraz nowo zainstalowanych turbin parowych.

Ponadto przedmiotem zamówienia było również dostarczenie urządzeń niezbędnych do wykonania bloku gazowo - parowego w tym turbiny parowej, rekuperatora ciepła wraz z wszelkimi urządzeniami i układami pomocniczymi. Na skutek tych prac powstał kompletny blok parowo -gazowy w formule pod klucz opalany gazem ziemnym. Nastąpił również wzrost parametrów bloku w przypadku każdego z Projektów. Budowy te zostały wykonane w formule "pod klucz" a w ich ramach nastąpiło zaprojektowanie, dostarczenie, montaż, i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo - parowego opalanego gazem ziemnym.

Odnosząc powyższe do zarzutów Odwołującego wskazać należy, że nie ma racji Odwołujący, wskazując, iż zakres prac w Projekcie Hermosillo i El Sauz sprowadzał się jedynie do zwiększenie mocy turbiny istniejącego bloku poprzez *zabudowę turbiny parowej*. Wskazać bowiem należy, że przy powyższych projektach prace polegały na rozbudowie dotychczasowych instalacji do kompletnego bloku parowo -gazowego i nadania im nowych funkcjonalności.

Podobny zakres prac obejmował projekt Emilio Portes Gil Thermal Power Station (Meksyk). Sprowadzał się on po pierwsze do zaprojektowania rozbudowy instalacji zastanej na kompletny kogeneracyjny blok gazowo - parowy. Po drugie na wykonaniu rozbudowy, która w największym uogólnieniu sprowadzała się między innymi do:

- a) usadowienia nowych budowli na terenie elektrociepłowni w tym kotła odzyskowego (rekuperatora ciepła) (instalacji kubaturowo wielokrotnie przewyższającej kontener w którym znajdowała się istniejąca instalacja turbiny gazowej), rurociągów itd.

132

- b) wybudowana tzw. zimnego komina, służącego do wyprowadzanie spalin z kotła odzyskowego (który przewyższał dotychczasowy komin, który następnie w ramach projektu podlegał rozbiórce albo zaślepieniu i odcięciu od systemu);
- c) zainstalowania (montażu) urządzeń i systemów niezbędnych do budowy i

funkcjonowania bloku parowo gazowego w tym w szczególności, pomp wody, systemów rurociągów wraz z wszelkimi urządzeniami i układami pomocniczymi, zintegrowanie ich z istniejącymi systemami w elektrowni. Fakt istnienia zastanej, przestarzałej infrastruktury wiązało się również z dokonywaniem rozbiórek istniejących instalacji, zmianą układu sterowania, dokonaniem prac koniecznych do dostosowania dotychczasowych układów do pracy w nowym układzie a także z modernizacją turbin.

Po trzecie przedmiotem zamówienia było dostarczenie urządzeń niezbędnych do wykonania bloku gazowo - parowego w tym rekuperatora ciepła wraz z wszelkimi urządzeniami i układami pomocniczymi.

Na skutek tych prac powstał kompletny blok gazowo - parowy w formule pod klucz opalany gazem ziemnym. W ramach tego projektu wykonano prace polegające na zaprojektowaniu, dostarczeniu, montażu, i uruchomieniu zakończonym przyjęciem do eksploatacji kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo -parowego opalanego gazem ziemnym

Odnosząc powyższe do zarzutów Odwołującego wskazać należy, że o ile zastana infrastruktura obejmowała zarówno turbinę gazową jak i turbiny parowe, niemniej wykonanie zamówienia wiązało się z rozbudową tej infrastruktury sprowadzającą się do budowy nowej substancji budowlanej w postaci budowli z jednej strony istotnie zwiększających kubaturę dotychczasowej instalacji i z drugiej niezbędnej do budowy i funkcjonowania bloku gazowo - parowego. Oczywiście, jak wskazano wyżej, wiązało się to z również z pracami polegającymi na zintegrowaniu urządzeń zastanych z urządzeniami i systemami zainstalowanymi w toku wykonaniu projektu w tym wiązało się to z koniecznością modernizacji przestarzałych turbin

3. Nieuprawniony zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp przez Zamawiającego, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Abener z Postępowania

Przystępujący kwestionuje opisane wyżej stanowisko Odwołującego. Nie jest jednoznaczne, w kraju siedziby się czy Przystępującego wydaje zaświadczenia potwierdzające zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne stanowiące odpowiednik

133

zaświadczeń wydawanych w Polsce wobec osób prawnych przez Krajowy Rejestr Karny. W tych okolicznościach Przystępujący przedłożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu stosowne oświadczenia złożone przed notariuszem - zastępujące zaświadczenia o zakazie ubiegania się o zamówienie. Na powyższą możliwość wskazuje opisana poniżej wykładnia przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z treścią przedmiotowego Rozporządzenia:

"§ 4. 1. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1: 1) pkt 2-4 i pkt 6 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie;

3. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania..."

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż na etapie złożenia odwołania Odwołujący nie udowodnił, że przepisy obowiązujące w Hiszpanii pozwalały Przystępującemu na przedstawienie zaświadczenia właściwego organu administracyjnego lub sądowego kraju siedziby Przystępującego potwierdzającego okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 punkt 9 PZP. Zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego to na Odwołującym ciąży dowód w zakresie przedłożenia wyciągu z odpowiednich przepisów prawa obowiązujących w Królestwie Hiszpanii wskazujących, że w tym kraju wydaje się zaświadczenia potwierdzające, że wobec osoby prawnej nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia

Ponadto Odwołujący powinien udowodnić, iż zakres przedmiotowych zaświadczeń wydawanych w Hiszpanii oraz w Polsce jest tożsamy. Przystępujący twierdził, iż Konsorcjum Abener nie miało obowiązku przedkładania zaświadczenia o niekaralności z hiszpańskiego rejestru karnego. Zdaniem Przystępującego zaświadczenie, o którym mowa w zdaniach poprzednich należałoby złożyć wraz z wnioskiem jedynie sytuacji, gdyby właściwe organy mające siedzibę w Hiszpanii wydawały dokument stanowiący dokładny odpowiednik zaświadczenia wydawanego przez Krajowy Rejestr Karny w Polsce- w zakresie określonym 134

w treści art. 24 ust. 1 punkt 9 ustawy Pzp. Przystępujący stał na stanowisku, iż zaświadczenie wydawane z rejestru karnego w Hiszpanii prawdopodobnie nie stanowi całkowitego odpowiednika zaświadczenia z Krajowego Rejestru karnego w Polsce, a przynajmniej nie można tego stwierdzić bez dogłębnej analizy przepisów obydwu systemów prawnych. Na powyższą okoliczność wskazują:

- a) Zgodnie z 33 ust. 7 pkt f Hiszpańskiego Kodeksu Karnego wobec osoby prawnej z siedzibą Hiszpanii nie orzeka się zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, lecz zakaz zawierania umów z jednostkami administracji publicznej.
- b) Zgodnie z art. 17 ust. 6 Dekretu 95/2009 o Centralnym Rejestrze Skazanych obowiązującym w Hiszpanii w przedmiotowym rejestrze nie ujawnia się danych dotyczących wykroczeń. Tożsamego wyłączenia nie zawierają przepisy ustawy z dnia 24 maja 2000 roku o Krajowym Rejestrze Karnym. Zgodnie z art. 1 ust. 2 punkt 7 wskazanej ustawy w Krajowym Rejestrze Karnym ujawnia się informacje o skazanych za wykroczenia na karę aresztu.
- c) Zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, odpowiedzialność osób prawnych powstaje wyłącznie, wówczas gdy doszło do wcześniejszego wydania jednego z wyroków wskazanych w powyższym przepisie. Zgodnie z art. 31 bis ust. 2 Hiszpańskiego Kodeksu Karnego odpowiedzialność osób prawnych może powstać także wówczas, gdy osoba fizyczna nie została zidentyfikowana lub niemożliwe było wszczęcie wobec niej postępowania karnego (a więc również w tych przypadkach, gdy nie dochodzi do wydania wyroku przeciwko osobie fizycznej).
- d) Zgodnie z art. 3 punkt 3a ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, odpowiedzialność osób prawnych powstaje także wówczas, jeżeli czyn zagrożony karą popełniła osoba będąca przedsiębiorcą, który bezpośrednio współdziałał z podmiotem zbiorowym. Zgodnie z art. 31 bis ust. 2 Hiszpańskiego Kodeksu Karnego odpowiedzialność osób prawnych nie rozciąga się na przedsiębiorców współdziałających z podmiotem zbiorowym.
- e) Z przepisów art. 31 bis i nast. Hiszpańskiego Kodeksu Karnego, że możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności osoby prawnej nie jest ograniczona upływem jakiegokolwiek terminu od momentu wydania orzeczenia wobec osoby fizycznej. Natomiast zgodnie z art. 14 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary zakazu ubiegania się o zamówienie

135

publiczne nie orzeka się po upływie 10 lat od dnia wydania orzeczenia wobec osoby fizycznej.

Dowód: wyciąg z przepisów Hiszpańskiego Kodeksu Karnego oraz Dekretu 95/2009 o Centralnym Rejestrze Skazanych - wraz z tłumaczeniami na język polski
Biorąc pod uwagę opisane okoliczności Konsorcjum Abener, składając dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, nie miało pewności, czy zaświadczenia wydawane przez hiszpański rejestr karny są dokumentami potwierdzającymi, że wobec Przystępującego nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie (a więc, czy są dokładnymi odpowiednikami zaświadczeń wydawanych przez Krajowy Rejestr Karny w Polsce). W opisanej sytuacji, Przystępujący uznała, że dozwolone jest przedłożenie zaświadczenia z rejestru karnego w Hiszpanii, *lub* oświadczenia złożonego przed notariuszem na potwierdzenie spełnienia analizowanego warunku udziału w Postępowaniu. Opisaną w zdaniu poprzednim możliwość potwierdza orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2012 r (sygn. akt.KIO 168/12):

"14. ze względu na brak zdecydowanego poglądu, który z rodzajów dokumentów (oświadczenia czy zaświadczenia) należy złożyć, w sytuacji wątpliwej dopuszczalne jest

złożenie któregokolwiek z nich, sdyż nie można obciążać ani wykonawcy, ani zamawiającego negatywnymi skutkami takiej sytuacji"

Okoliczność, iż zaświadczenia wydawane z hiszpańskiego Rejestru Skazanych mogą być zastępowane oświadczeniami składanymi przed notariuszem znalazła potwierdzenie w aktualnym Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2012 r. (sygn. akt. KIO 885/12). Dlatego też w ocenie Konsorcjum Abener przedłożone przez Abener oświadczenie było złożone prawidłowo i potwierdzało, iż nie podlega on wykluczeniu. Tym samym Zamawiający nie musiał wzywać Przystępującego do uzupełnienia dokumentów.

Mając na uwadze powyższe okoliczności zdaniem Konsorcjum Abener żądanie wykluczenia go z Postępowania jest niezasadne.

Konsorcjum GE-Iberdrola pismem z 14 czerwca 2012 r. przedstawiło argumentację przeciwko zarzutom odnoszącym się do Konsorcjum GE-Iberdrola (pismo dotyczyło zarówno odwołania KIO 1037/12, jak i KIO 1038/12, biorąc pod uwagę, że zarzuty sformułowane w obu odwołaniach są w zakresie, w którym Konsorcjum GE-Iberdrola odnosił się do nich, wspólnie).

136

Przystępujący Konsorcjum GE-Iberdrola zauważał, że istotą zarzutów skierowanych przeciwko Zamawiającemu w odniesieniu do niego jest brak przedłożenia przez spółkę wchodzącą w skład Konsorcjum GE-Iberdrola - Iberdrola Ingeniería y Construcción S.A.U. („Iberdrola”), która posiada swoją siedzibę na terenie Królestwa Hiszpanii, stosownego zaświadczenia urzędowego, które potwierdzałoby brak orzeczenia w stosunku do tej spółki zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Zamiast przedmiotowego zaświadczenia, Iberdrola na potwierdzenie braku przesłanki skutkującej jej wykluczeniem przedłożyła oświadczenie złożone przed notariuszem w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Jak wskazują na to obaj Odwołujący w swoich pismach, obecnie istnieje możliwość uzyskania zaświadczenia z hiszpańskiego *Registro Central de Penados* („RCP”), które miałyby potencjalnie stanowić ekwiwalent zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego („KRK”) w zakresie dokumentu potwierdzającego brak orzeczenia w stosunku do wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

Przystępujący Konsorcjum GE-Iberdrola nie kwestionował okoliczności faktycznych przytoczonych w odwołaniach w zakresie tego, iż istnieje możliwość uzyskania zaświadczenia z RCP. Bez względu na powyższe, Przystępujący pragnie jednak zwrócić uwagę, iż zaświadczenie z RCP nie może być postrzegane jako ekwiwalent zaświadczenia z KRK w zakresie potwierdzenia braku orzeczonego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Zwracał jednak uwagę, iż znaczenie i zakres kary zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne jest różny w prawie hiszpańskim i polskim. W tym kontekście, znowelizowane brzmienie art. 33 ust. 7 lit. f *Código Penal* (hiszpański kodeks karny) mówi jedynie o pozbawieniu możliwości zawierania umów z jednostkami sektora publicznego. Językowa analiza tej kary wskazuje na jej dwa zasadniczo odróżniające ją od kary przewidzianej w ustawie o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych (Dz. U. z 2002 r., nr 197, poz. 1661) elementy.

Dowód: Tłumaczenie przysięgłe art 33 ust. 7 lit f *Código Penal*.

Pierwszym z nich jest zakres podmiotów, wobec których wyłączona jest możliwość zawierania umów przez osobę prawną, która ponosi odpowiedzialność karną. Artykuł 33 ust. 7 *Código Penal* mówi jedynie o pozbawieniu takiej możliwości w stosunku do umów zawieranych z jednostkami sektora publicznego, podczas gdy ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych posługuje się szerokim pojęciem zakazu ubiegania się o (wszelkie) zamówienia publiczne.

137

Drugim elementem wskazującym na to, iż hiszpańska kara zakazu zawierania umów z jednostkami sektora publicznego jest zasadniczo inna niż polska kara zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne jest jej zakres. Artykuł 33 ust. 7 lit. f *Código Penal* zakazuje jedynie czynności zawierania umów (uzyskania subwencji, pomocy publicznych czy też możliwości

uzyskania korzyści podatkowych). Nie wspomina w żaden sposób o sytuacji, w której podmiot zbiorowy ponoszący odpowiedzialność karną faktycznie nie zawiera umowy, ale bierze udział w realizacji zamówienia, przykładowo, jako podmiot trzeci udostępniający swój potencjał innemu wykonawcy. W myśl polskich przepisów, taka sytuacja byłaby niemożliwa. Zamawiający może zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) żądać od podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał wykonawcy, zaświadczenia na potwierdzenia braku zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

Powyższe wątpliwości przy identycznym stanie faktycznym dostrzegła także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 maja 2012 r., sygn. KIO 873/12, 884/12, 885/12, 886/12. We wskazanym orzeczeniu, Izba *stwierdziła expressis verbis*, iż „*wątpliwości budzi znaczenie i zakres kar wskazanych w art. 33 ust 7 lit f i art. 262 Kodeksu karnego Królestwa Hiszpanii, tj. kary zakazu uczestnictwa w przetargach sądowych oraz kary zakazu zawierania umów z organami administracji publicznej*”.

Stwierdzał, iż należy nadmienić, iż zaświadczenie RCP zawiera jedynie informację o zakazie zawierania umów z jednostkami sektora publicznego orzeczonego na podstawie *Código Penal*. W tym sensie, wszelkie pozostałe czyny zabronione pod sankcją orzeczenia zakazu zawierania umów z jednostkami sektora publicznego nie będą odzwierciedlone na zaświadczeniu z RCP. Przykładem takiej sytuacji może być dyspozycja art. 60 hiszpańskiej ustawy o zamówieniach publicznych, która wskazuje na przypadki, w jakich zakaz zawierania umów z jednostkami sektora publicznego będzie orzeczony. Jednym z nich jest art. 57 *Ley General de Subvenciones* [ustawa regulująca udzielania subwencji pod prawem hiszpańskim), który przewiduje możliwość nałożenia na hiszpańskiego przedsiębiorcę za niestosowne użycie subwencji zakazu zawierania umów z jednostkami sektora publicznego. W razie nałożenia na hiszpańskiego przedsiębiorcę w takiej sytuacji wspomnianego zakazu, nie będzie on figurował na zaświadczeniu z RCP.

Dowód: *tłumaczenie art. 60 hiszpańskiej ustawy o zamówieniach publicznych.*

138

Wskazywał, że nie bez znaczenia pozostaje różny zakres przedmiotowy odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych w prawie hiszpańskim i polskim. Katalog przestępstw, w wyniku, których podmiot zbiorowy może ponieść odpowiedzialność na podstawie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych jest znacznie szerszy niż w prawie hiszpańskim.

Dowód: Tabelka przedstawiająca zakres przedmiotowy odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w prawie polskim i hiszpańskim.

Podnosił, że warto wskazać, że w ustawie hiszpańskiej, podmiot zbiorowy ma bardzo ograniczoną możliwość poniesienia odpowiedzialności karno-skarbowej (faktycznie zastosowanie może mieć jedynie art. 310 bis *Código Penal*). Przykładowo w razie gdyby hiszpański przedsiębiorca nielegalnie sprowadzał towary spoza Unii Europejskiej, nie mógłby ponieść (jako podmiot zbiorowy) odpowiedzialności karno-skarbowej za tzw. przemyt celny. Konsekwentnie w razie popełnienia takiego czynu nie zostałby orzeczony wobec niego zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne a jakakolwiek wzmianka na temat popełnionego czynu nie byłaby wykazana na zaświadczeniu RCP.

Zakładając *a contrario*, że zaświadczenie z RCP jest równoważne do tego z KRK doszłoby do sytuacji w której przedsiębiorca *de facto* niespełniający warunków udziału w postępowaniu wobec okazania zaświadczenia z RCP z adnotacją „nie figuruje” będzie mógł w Polsce ubiegać się o zamówienia publiczne. W efekcie, do postępowania zostanie dopuszczony podmiot, który faktycznie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu a tym samym może to narazić na ryzyko zamawiającego, w szczególności wobec możliwości realizacji zamówienia przez nierzetelnego wykonawcę.

Zwracał też uwagę, iż ustawa polska i hiszpańska przewidują różne terminy zatarcia skazania kar. W polskiej ustawie w przypadku najcięższych przestępstw wynosi on 10 lat, natomiast w prawie hiszpańskim wzmianka o takich czynach zostaje usunięta już po upływie lat 5. Innymi słowy, jeżeli przedsiębiorca hiszpański i polski poniosą podobną

odpowiedzialność za popełniony czyn, po 5 latach zaświadczenie z KRK wciąż uniemożliwi (i będzie jeszcze uniemożliwiało) ubieganie się o zamówienia publiczne przedsiębiorcy polskiemu podczas gdy przedsiębiorca hiszpański w świetle zaświadczenia z RCP będzie już uprawniony do brania udziału w postępowaniach przetargowych. Taka sytuacja również doprowadzi do możliwości ubiegania się o zamówienie przez podmiot, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

139

Argument o braku ekwiwalentności potwierdza też brak informacji o RCP w systemie e-certis. prowadzonym przez Komisję Europejską i stanowiącym przewodnik po różnego rodzaju dokumentach i zaświadczeniach, jakie wymagane są od przedsiębiorców biorących udział w przetargach o zamówienia publiczne we wszystkich krajach Unii Europejskiej. Na oficjalnej stronie tego systemu (<http://ec.europa.eu/markt/ecertis/searchDocument.do>), nie figuruje informacja przesądzająca o tym, że w Hiszpanii można uzyskać odpowiednik polskiego KRK potwierdzający czy wobec przedsiębiorcy hiszpańskiego został orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne. Znajduje się tam jedynie informacja o tzw. zaświadczeniu ROLEC będącym zaświadczeniem o niekaralności dla osób prawnych, który nie zawiera informacji o tym, czy wobec podmiotu został wydany sądowy zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne.

Ważnym argumentem potwierdzającym, iż zaświadczenie z RCP nie może być postrzegane jako ekwiwalent zaświadczenia z KRK w zakresie potwierdzenia braku orzeczonego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne jest także fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu żaden z wykonawców (bądź konsorcjantów) będących przedsiębiorcami hiszpańskimi (tj. Iberdrola, Tecnicas Reunidas z siedzibą w Madrycie, Dragados S.A. z siedzibą w Madrycie, Duro Felguera S.A. z siedzibą w Gijon, INTEC Energia S.A. z siedzibą w Madrycie, Abener Energia S.A. z siedzibą w Sewilli, Abener Ghenova Ingenieria S.L. z siedzibą w Sewilli) nie złożył wskazanego zaświadczenia z RCP.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty zdaniem Konsorcjum GE-Iberdrola należy stwierdzić, iż nie można mówić o ekwiwalentności zaświadczenia z RCP wobec KRK jako dokumentu potwierdzającego brak orzeczonego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. W takiej sytuacji, jak wskazują na to wypowiedzi orzecznictwa i doktryny, w razie jeżeli zaświadczenia z innych krajów nie obejmują pełnego zakresu informacji wymaganych pod prawem polskim należy obowiązkowo złożyć oświadczenie (por. wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 7 maja 2010 r.. sygn. VI Ga 49/10). Podobny pogląd przedstawiła w swoim wyroku z dnia 19 marca 2010 r. (sygn. KIO/UZP 244/09) Krajowa Izba Odwoławcza.

Podnosił, iż warto też wskazać, że wobec nieuregulowania kwestii ekwiwalentności dokumentów potwierdzających niekaralność na szczeblu Unii Europejskiej (w szczególności w ramach dyrektywy 2004/18/WE) wobec niedających się usunąć wątpliwości należy rozstrzygać na rzecz wykonawców (zasada: *in dubio pro reo* a zatem trudno nie zgodzić się z poglądem, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym uprawnionym było złożenie odpowiedniego oświadczenia przed notariuszem.

140

Należy wskazać również na pogląd wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie, z którym ze względu na brak zdecydowanego poglądu, który z rodzajów dokumentów należy złożyć, w sytuacji wątpliwej dopuszczalne jest złożenie któregośkolwiek z nich (zaświadczenia lub oświadczenia), gdyż nie można obciążać ani wykonawcy, ani zamawiającego negatywnymi skutkami takiej sytuacji (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2012 r.. sygn. akt 168/12).

Na marginesie powyższych rozważań, należy zwrócić uwagę na możliwość naruszenia zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przejawiającego się w groźbie dyskryminacji wykonawców zagranicznych. W tym sensie, doprowadzając twierdzenia Odwoływających do skrajności, należałoby przyjąć, że wykonawca zagraniczny zobowiązany będzie do (i) przedstawienia wszelkich możliwych zaświadczeń, z których może potencjalnie wynikać zakaz ubiegania się

o zamówienia publiczne (wydawanych zarówno przez organy lokalne jak i państwowe) a oprócz tego, dla pewności, (ii) dodatkowo oświadczenia złożonego przed notariuszem, z którego będzie wynikało, iż wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Sytuacja ta w sposób wyraźny stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców w postępowaniu. W tym sensie miałyby ona charakter dyskryminacyjny wobec wykonawców zagranicznych, gdyż wymagałaby ona od nich znacznie większego wysiłku organizacyjnego niż w przypadku wykonawców polskich, którzy nie byłoby obciążeni dodatkowymi obowiązkami poza uzyskaniem stosownego zaświadczenia z KRK. Należy zwrócić uwagę, że w takim przypadku nadmierne i nieuzasadnione żądanie dokumentów od wykonawców zagranicznych może stanowić utrudnienie dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom.

Podsumowując, stwierdzał, że przedstawienie przez Przystępującego Konsorcjum GE-Iberdrola oświadczenia o braku orzeczonego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne złożonego przed notariuszem było wystarczające i w znacznie większym stopniu stanowiło dla Zamawiającego wiarygodną informację, co do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Przystępujący Konsorcjum GE-Iberdrola pismem z 25 czerwca 2012 r. podtrzymał stanowisko zajęte w sprawach KIO 1037/12 i KIO 1038/12 oraz uzupełniał przedstawioną argumentację w zakresie wykazania braku ekwiwalentności między zaświadczeniem z hiszpańskiego *Registro Central de Penados* („RCP”) a zaświadczeniem z Krajowego Rejestru Karnego („KRK”). Wskazywał, że w piśmie złożonym przez niego na rozprawie w dniu 14 czerwca 2012 r. (dalej „Pismo”), zostało stwierdzone, że jedną z zasadniczych różnic między zaświadczeniem z RCP a zaświadczeniem z KRK jest okoliczność, iż RCP zawiera

141

jedynie informację o zakazie zawierania umów z jednostkami sektora publicznego orzeczonego na podstawie hiszpańskiego kodeksu karnego - *Código Penal* (punkt 2.6 Pisma). Powyższe potwierdza *express verbis* informacja zawarta na stronie internetowej hiszpańskiego Ministerstwa Sprawiedliwości (strona 4 tłumaczenia przysięgłego załącznika do protokołu notarialnego z wejścia na stronę internetową Ministerstwa Sprawiedliwości) oraz art. 2 Dekretu Królewskiego 95/200 z dnia 6 lutego 2009 r., który reguluje system rejestrów urzędowych wspierających organy wymiaru sprawiedliwości. Jest to o tyle informacja istotna, iż, jak podnosił to już Przystępujący Konsorcjum GE-Iberdrola, wspomniany zakaz może być orzeczony również na podstawie innych aktów prawnych, na które wskazuje wprost art. 60 hiszpańskiej ustawy o zamówieniach publicznych (tłumaczenie wskazanego artykułu zostało załączone do Pisma). Ważną okolicznością dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest fakt, iż wspomniane inne zakazy zawierania umów z jednostkami sektora administracji publicznej nie będą odzwierciedlone na zaświadczeniu z RCP. Dowód: (i) protokół notarialny wraz z tłumaczeniem przysięgłym z wejścia na stronę internetową Ministerstwa Sprawiedliwości Królestwa Hiszpanii, (ii) tłumaczenie art. 1 oraz art. 2 Dekretu Królewskiego 95/200 z dnia 6 lutego 2009 r.

Przystępujący Konsorcjum GE-Iberdrola uzupełniając podnosił, że na stronie internetowej hiszpańskiego Ministerstwa Skarbu i Administracji Państwowej w dziale poświęconym zamówieniom publicznym znajduje się informacja m. in. w zakresie składania ofert przez wykonawców drogą elektroniczną. Z punktu widzenia toczącego się postępowania odwoławczego wymaga podkreślenia okoliczność, iż z informacji zawartej na tej stronie wynika, iż zalecanym sposobem wykazywania przez wykonawców braku orzeczonego wobec nich zakazu zawierania umów z jednostkami sektora administracji publicznej jest składanie oświadczeń (nie zaświadczeń z RCP). Wzór takiego oświadczenia można pobrać bezpośrednio ze strony internetowej ministerstwa. Powyższe wskazuje, iż tylko oświadczenie (nie zaświadczenie z RCP) jest jedynym narzędziem prawnym dającym zamawiającym pewność, iż przedłożony dokument odzwierciedla w pełni treść artykułu 60 hiszpańskiej ustawy o zamówieniach publicznych a co za tym idzie, że na podmiocie nie ciąży jakiegokolwiek zakaz zawierania umów z jednostkami sektora publicznymi (nie tylko taki, który może być orzeczony na podstawie *Código Penal*).

Dowód: tłumaczenie strony internetowej Ministerstwa Skarbu i Administracji Państwowej

Podsumowując Konsorcjum GE-Iberdrola stwierdzało, że wobec braku ekwiwalentności z RCP a KRK przez między zaświadczeniem przedstawienie Przystępującego oświadczenia o braku orzeczonego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne złożonego przed notariuszem było wystarczające i znacznie większym stopniu stanowiło dla Zamawiającego wiarygodną informację, co do spełnienia warunków w prowadzonym przez niego postępowaniu.

Odwołujący pismem z 25 czerwca 2012 r. przedstawił dodatkową argumentację, w odpowiedzi na pisma Zamawiającego i przystępujących do postępowania.

Odwołujący podnosił, iż w toku rozprawy w sposób bezsporny ustalono (przyznał to zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący - Konsorcjum Abener), iż inwestycje:

1. Emilio Portes Gil Thermal Power Station, Mexico
2. Hermosillo Thermal Power Station, Mexico
3. El Sauz Thermal Power Station, Mexico

stanowią jedynie rozbudowę istniejących już bloków gazowo - parowych, a nie ich kompleksową budowę „pod klucz”. Jednocześnie Zamawiający oraz Przystępujący - Konsorcjum Abener przedstawili interpretację warunku wskazanego w pkt. III.2.3 pkt. 1 a) Ogłoszenia o zamówieniu [zgodnie z którym wykonawcy winni w zakresie budowy bloku gazowo-parowego w formule „pod klucz” wykazać się wykonaniem przynajmniej 3 (trzech) zamówień w formule „pod klucz”, których zakres przedmiotowy obejmował: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto], zgodnie z którą warunek ten dopuszcza możliwość wykazania realizacji nie tylko budowy bloku gazowo-parowego, ale również jego rozbudowy. Podstawą takiej interpretacji warunku miała być definicja zawarta w art. 3 pkt. 6 Prawa budowlanego, w którym budowę definiuje się jako: *wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego*. Nadto, wskazano, iż zgodnie z ww warunkiem możliwe jest zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie jakiegokolwiek elementu, który finalnie zakończy się przyjęciem do eksploatacji kompletnego bloku gazowo-parowego.

Interpretacja ww warunku zaprezentowana przez Konsorcjum Abener jest nieprawidłowa z następujących powodów:

Po pierwsze Zamawiający nie ograniczył się wyłącznie do wskazania, iż przedmiotem umowy jest *budowa kompletnego bloku gazowo-parowego*, ale również wskazał

dokładnie na czym owa budowa ma polegać. Uściśleniem tego warunku było wyraźne wskazanie, iż budowa kompletnego bloku ma dotyczyć następujących czynności:

- *zaprojektowanie,*
- *dostarczenie,*

• *montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji, kompletnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto.*

Innymi słowy, wykonawca winien legitymować się takim doświadczeniem które polega na zaprojektowaniu kompletnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto, dostarczeniem takiego bloku na plac budowy, dokonaniem jego montażu oraz uruchomieniem, które zakończy się przyjęciem bloku do eksploatacji. Pojęcie „zakończony przyjęciem do eksploatacji” dotyczy zatem wyłącznie fazy uruchomienia. Nie każde uruchomienie bloku kończy się przyjęciem do eksploatacji. Jeżeli blok nie spełni określonych parametrów wydajnościowych i jakościowych po próbnym uruchomieniu, inwestor może odmówić jego przejęcia do eksploatacji. Zamawiający słusznie zatem wskazał, iż interesuje go tylko taki blok, który po uruchomieniu został przyjęty do eksploatacji (a zatem inwestor uznał, że spełnia wymagane parametry wydajnościowe).

Powyższe ma duże znaczenie dla prawidłowej wykładni warunku opisanego w pkt. III.2.3 pkt. 1 a) Ogłoszenia. Co więcej, na taką wykładnię wskazuje również umiejscowienie znaków interpunkcyjnych w ww warunku. Po słowie „uruchomienie” nie postawiono przecinka co przesądza o tym, że należy to słowo czytać łącznie z wyrażeniem „zakończone przyjęciem do eksploatacji”.

Jedynie na marginesie wskazać należy, iż stosownie do treści art. 65 § 1 kc, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Wykładnia oświadczenia woli ma zatem przede wszystkim charakter obiektywny, a nie subiektywny. Nie jest zatem istotna wykładnia autentyczna, to jest wykładnia przeprowadzona przez autora treści ogłoszenia (Zamawiającego), ale to jak w określonych okolicznościach, przedstawienie przez niego warunku winno być odczytane przez odbiorców oświadczenia (wykonawców). Co za tym idzie należy w pierwszej kolejności ustalić jak przedmiotowy warunek winien być odczytany przez wykonawców. W ocenie Odwołującego całkowicie nieprawdopodobne jest tłumaczenie Zamawiającego, iż jego wolą było sformułowanie warunku, który dopuszczał

144

również rozbudowę kompletnego bloku gazowo-parowego. Mając na uwadze wartość (około miliard złotych) i złożoność przedmiotowego zamówienia, za całkowicie niewiarygodne należy uznać twierdzenie, iż każda, nawet niewielka rozbudowa, jakiegokolwiek elementu bloku gazowo-parowego mogła spełniać przedmiotowy warunek. Przeczy temu również fakt, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przyznał żadnemu innemu wykonawcy (poza Konsorcjum Abener) punktów za inwestycję polegającą na rozbudowie bloku gazowo-parowego.

Odwołujący, odnosząc się do zaprezentowanych na rozprawie dowodów dotyczących wydawania w Królestwie Hiszpanii dokumentów potwierdzających niekaralność, podnosił, iż zgodnie z treścią § 4 ust. 1 pkt. c) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast polskiego zaświadczenia z KRK, składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Jednocześnie ustawodawca nie doprecyzował kto ma być wystawcą takiego dokumentu ani nie wskazał zakresu jakiego zaświadczenie to ma dotyczyć. Nadto, ani ustawa Pzp, ani ww rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów nie stanowi, iż zakres takiego zagranicznego dokumentu ma być identyczny, jak zakres polskiego KRK. Co więcej, stawianie wymogu by dokument wystawiony zagranicą potwierdzał identyczne okoliczności jak dokument wystawiony zagranicą jest niemożliwy do spełnienia. Każdy system prawny zawiera pewne odmienności co do zakresu penalizowanych czynów, znamion czynów przestępnych, zakresu orzekanych kar, etc, Nigdy zatem orzeczony zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia wydany w dwóch różnych systemach prawnych nie będzie tożsamy i oparty na jednakowych przesłankach. Nie ma to jednak żadnego znaczenia, bowiem ustawodawca, w ww przepisie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wyraźnie wskazał, iż wykonawca mający siedzibę zagranicą ma przedłożyć dokument wystawiony w kraju siedziby, który potwierdzi, iż wobec podmiotu nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Gdyby intencją ustawodawcy było otrzymanie tylko takiego zaświadczenia, które potwierdza, iż nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia na analogicznych zasadach i przesłankach jak w prawie polskim, to żądałby od wykonawców wyłącznie oświadczenia złożonego przed notariuszem, bo z powodu odmienności systemów prawnych, żądanie zaświadczenia odpowiedniego organu z kraju siedziby byłoby bezprzedmiotowe. Jedynie na marginesie wskazać należy, iż również zaświadczenie z KRK dotyczące niekaralności osób fizycznych wystawia się w miejscu zamieszkania tej osoby, a co za tym idzie akceptuje się w pełnym zakresie ewentualne

145

odmienności prawa polskiego i obcego (zakres czynów karalnych różni się w różnych systemach prawnych).

Jednocześnie w odniesieniu do zarzutu dotyczącego Konsorcjum Control Process-CP

Trade-INITEC, wskazywał, iż zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 lutego 2007r. (sygn. akt V Ca 47/07) poświadczenie podpisu przez notariusza nie jest jednoznaczne ze złożeniem oświadczenia przed tym organem.: „Z treści pieczęci wynika ponadto, że potwierdzała ona tylko złożenie podpisu przez osobę sygnującą oświadczenie. W oczywisty sposób nie jest to równoważne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem, czego wymaga rozporządzenie. W świetle prawa polskiego przyjęcie przez notariusza oświadczenia wymaga zrozumienia przez niego jego treści, wskazania tożsamości osoby, faktu i daty stawiennictwa przed notariuszem oraz złożenia oświadczenia. Oświadczenie złożone na podstawie obcego prawa powinno być adekwatne do oświadczenia złożonego na podstawie prawa polskiego.

KIO 1038/12

W dniu 21 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siemens Aktiengesellschaft, Freyeslebesstr 1, 91058 Erlangen, Niemcy, Siemens Aktiengesellschaft Oesterreich, Penzinger Strasse 76, 1140 Vienna, Austria, Siemens Sp. z o.o., Ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, Polska (dalej "Odwołujący lub "Konsorcjum Siemens") od poniższych czynności i zaniechań dokonanych przez Zamawiającego w Postępowaniu:

- 1) zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum GE-Iberdrola, pomimo że nie potwierdziło warunków udziału w postępowaniu, określonych w Ogłoszeniu o zamówieniu, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu lub wezwania do złożenia wyjaśnień
- 2) zaniechania wykluczenia Konsorcjum Abener, pomimo że Konsorcjum nie potwierdziło warunków udziału w postępowaniu, określonych w Ogłoszeniu o zamówieniu, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, lub wezwania do złożenia wyjaśnień
- 3) zaniechania wykluczenia Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera, pomimo że nie potwierdziło warunków udziału w postępowaniu, określonych w

146

Ogłoszeniu o zamówieniu, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, lub wezwania do złożenia wyjaśnień,

- 4) dokonanie błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Odwołującego, a w konsekwencji zaniżenie punktacji za spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, przyznanej Odwołującemu.

Poprzez dokonanie powyższych czynności Zamawiający dopuścił się naruszenia co najmniej poniższych przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt. 9, 24 ust. 2 pkt. 4, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 2a, ust. 2b, ust. 3, 4, art. 56 ust. 2 w zw. z art. 50, art. 57 ust. 1 w zw. z art. 7, art. 22 ust. 3, § 4 ust. 1 lit. c oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, poprzez błędne przyjęcie, iż wnioski wykonawców z pkt. 1-3 odpowiadają wymogom Ogłoszenia o zamówieniu i ustawy Pzp, zaniechanie wykluczenia lub wezwania do uzupełnienia dokumentów tychże wykonawców, a w konsekwencji podjęcie wadliwych decyzji o zakwalifikowaniu tychże wykonawców do dalszej części Postępowania, błędną ocenę wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, złożonego przez Odwołującego.

W związku z powyższym niniejszym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, kwalifikacji do dalszego Postępowania etapu wykonawców: Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum Abener, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados - Duro Felguera S.A., a także wniosku Odwołującego,
2. powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu i w konsekwencji wykluczenia lub wezwania do uzupełnienia dokumentów bądź złożenia wyjaśnień Konsorcjum: GE-Iberdrola, Konsorcjum Abener, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera oraz przyznanie dodatkowej punktacji Odwołującemu z tytułu spełnienia warunków udziału w niniejszym Postępowaniu.

Odwołujący podnosił, iż ma on jako Wykonawca, który został zakwalifikowany do dalszej części Postępowania oczywisty interes w uzyskaniu zamówienia, zaś wskutek dokonanego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego zakwalifikowania do dalszej części Postępowania wykonawców, którzy powinni zostać wykluczeni, ponosi szkodę, ponieważ wskutek tych czynności Zamawiający narusza zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Ponadto gdyby wykonawcy nie

147

spełniający warunków udziału w postępowaniu złożyli oferty. Postępowanie byłoby obciążone wadą prawną oraz zmniejszałoby szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia, gdyż musiałby konkurować z wykonawcami podlegającymi wykluczeniu, co w konsekwencji naraziłoby Odwołującego na poniesienie wymiernej szkody materialnej. Poza tym w ocenie Odwołującego, Zamawiający wbrew postanowieniom Ogłoszenia o zamówieniu nie ocenił należycie wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu i zaniżył wobec odwołującego punktację stopnia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Taka czynność Zamawiającego może narazić Odwołującego na szkodę, ponieważ na skutek odwołań wniesionych przez innych wykonawców, może zmienić się punktacja stopnia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i Odwołujący może znaleźć się poza listą rankingową wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert wstępnych.

1) Zarzuty, dotyczące Konsorcjum GE-Iberdrola

a. We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum GE-Iberdrola brak urzędowego zaświadczenia Iberdrola Ingenieria y Construcción S.A.U., poświadczającego, że wobec tej spółki nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Na potwierdzenie przedmiotowej okoliczności zamiast urzędowego zaświadczenia znajduje się oświadczenie złożone przed notariuszem, mimo iż w Hiszpanii, według wiedzy Odwołującego, wydawane są zaświadczenia urzędowe poświadczające, że wobec danego podmiotu zbiorowego nie wydano zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym należy uznać, że Konsorcjum GE-Iberdrola nie złożyło wymaganego przez przepisy ustawy dokumentu dotyczącego Iberdrola Ingenieria y Construcción S.A.U, a w konsekwencji nie potwierdziło, że nie podlega wykluczeniu z niniejszego Postępowania - art. 24 ust. 1 pkt. 9 Ustawy, (str. 170 - 181 wniosku). Ponadto złożenie przez konsorcjum przedmiotowego dokumentu jest niezgodne z § 4 ust. 1 lit. c oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

b. W ocenie Odwołującego Konsorcjum GE-Iberdrola nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Sekcji III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że żaden z Konsorcjantów nie posiada certyfikatu ISO 9001:2008 w zakresie projektowania, dostawy, montażu i uruchamiania turbin gazowych, a których to certyfikatów wymagał Zamawiający (Sekcja III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu, pkt. 2 c). Odwołujący zauważał, że wszystkie certyfikaty jakości złożone przez General Electric International Inc. (dalej "GE"), nie odnoszą się do GE tylko GE Energy Infrastructure Power and Water. Oznacza to, że GE nie przedstawił żądanych certyfikatów

148

jakości dotyczących siebie. We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu znajduje się oświadczenie GE, wedle którego certyfikaty wydane dla GE Energy Infrastructure Power and Water są faktycznie wystawione dla spółki GE. Jednak w ocenie Odwołującego z przedłożonych certyfikatów jakości w żaden sposób nie wynika by były one wystawione na rzecz spółki GE, natomiast oświadczenie GE nie jest oświadczeniem jednostki certyfikującej. Należy zauważyć, że w treści certyfikatów dla GE Energy Infrastructure Power and Water nie wskazano również lokalizacji spółki GE (str 908-910). Ponadto z uwagi na brak certyfikatów dla firmy GE oraz pozostałych członków Konsorcjum, w szczególności certyfikatu 9001:2008 w zakresie projektowania, dostawy, montażu i uruchamiania turbin gazowych należy podnieść, że pomiędzy oświadczeniem Konsorcjum wskazanym w wykazach doświadczenia, o którym mowa w Sekcji III.2.3 pkt. 2 a, b Ogłoszenia a załączonymi do wniosku certyfikatami jakości uczestników Konsorcjum zachodzi sprzeczność. Należy zatem uznać, że zamówienia, które zostały powołane na potwierdzenia spełnienia warunków udziału w

postępowaniu Sekcji III. 2. 3 pkt. 2 lit. a, b, nie zostały zrealizowane w oparciu o systemy jakości wymagane przez Zamawiającego, (str. 760 i nast.)

c. Wobec powyższego należy uznać, że Konsorcjum GE-Iberdrola nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i powinno być wykluczone.

2) Zarzuty dotyczące Konsorcjum Abener

a. We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Abener brak urzędowych zaświadczeń potwierdzających, że wobec konsorcjantów nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Na potwierdzenie przedmiotowej okoliczności zamiast urzędowego zaświadczenia znajdują się oświadczenia złożone przed notariuszem, że wobec konsorcjantów nie orzeczono zakazu zawierania umów z administracją publiczną (str. 223-224; 246-248), mimo iż w Hiszpanii, według wiedzy Odwołującego, wydawane są stosowne zaświadczenia urzędowe. W związku z powyższym należy uznać, że Konsorcjum Abener nie złożyło wymaganych przez przepisy ustawy Pzp dokumentów potwierdzających, że wobec spółek będących członkami Konsorcjum Abener nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji nie potwierdziło, że nie podlega wykluczeniu z niniejszego Postępowania - art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp (str. 170 - 181 wniosku). Ponadto złożenie przez Konsorcjum Abener przedmiotowego dokumentu jest niezgodne z § 4 ust. 1 lit. c oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

149

Z ostrożności, w razie nieuwzględnienia powyższego przez KIO i przyjęcia, że wydawane w Hiszpanii urzędowe zaświadczenia poświadczające że wobec zbiorowego nie wydano zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie odpowiadają swoim zakresem zaświadczeniom wymagany przez ustawę Pzp, Odwołujący zauważał, że we wniosku Konsorcjum Abener nie znajdują się oświadczenia, że nie wydano zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wobec Abener Energia S.A i Abener Ghenova Ingenieria, a jedynie oświadczenie, że wobec tych spółek nie orzeczono zakazu zawierania umów z administracją publiczną. Dlatego też należy uznać, iż przedmiotowe oświadczenia nie są potwierdzają, że Abener Energia S.A i Abener Ghenova Ingenieria nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem Konsorcjum nie poświadczyło w sposób należyty, iż nie podlega wykluczenia z Postępowania.

b. Odwołujący wskazuje, że Wykonawca w celu wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, określonego w Sekcji III.2.3) pkt. 1, 2 Ogłoszenia o zamówieniu powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, tj, na doświadczenie i wiedzę spółki General Electric International Inc. (dalej: GE). W celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca przedłożył wykaz zamówień zrealizowanych przez GE, a także referencje dotyczące zrealizowanych zamówień. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z wytycznymi Zamawiającego, Wykonawca powinien był przedłożyć również certyfikaty jakości, poświadczające, że zamówienia były zrealizowane w oparciu o systemy zarządzania określone w ogłoszeniu. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że certyfikaty jakości złożone przez GE, nie odnoszą się do GE tylko do GE Energy Infrastructure Power and Water. Oznacza to, że GE nie przedstawił żądanych dokumentów jakości dotyczących siebie. We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu znajduje się oświadczenie GE, wedle którego certyfikaty wydane dla GE Energy Infrastructure Power and Water są faktycznie wystawione dla spółki GE. W ocenie Odwołującego z przedłożonych certyfikatów jakości w żaden sposób nie wynika by były one wystawione na rzecz spółki GE, natomiast oświadczenie GE nie jest oświadczeniem jednostki certyfikującej. W treści certyfikatów nie wskazano również lokalizacji spółki GE. Z uwagi na brak certyfikatów ISO dla GE należy uznać, iż Wykonawca nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

Z ostrożności Odwołujący podnosił, że gdyby KIO przyjęła, że z warunku wskazanego Sekcji III.2.3. 1 b i 2 c Ogłoszenia o zamówieniu nie wynika, by Konsorcjanci byli zobowiązani do złożenia certyfikatów na potwierdzenie, że wykonane przez nich czy podmiot trzeci zamówienia zostały zrealizowane w oparciu o certyfikaty jakościowe wymagane przez Zamawiającego, a warunki Sekcji III.2.3. 1 b i 2 c należy rozumieć w ten sposób, że tylko

członkowie Konsorcjum powinni złożyć certyfikaty ISO, wymagane przez Zamawiającego, należy wskazać, że również sami konsorcjanci nie posiadają certyfikatów ISO 9001:2008 w zakresie projektowania, dostawy, montażu i uruchamiania turbin gazowych.

Z uwagi na to że również żaden członek Konsorcjum Abener nie posiada tego certyfikatu 9001:2008 w zakresie projektowania, dostawy, montażu i uruchamiania turbin gazowych. Konsorcjum nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji III. 2. 3 pkt. 2 lit. a, b. Ponadto z uwagi na brak certyfikatów dla firmy GE oraz pozostałych członków Konsorcjum, w szczególności certyfikatu 9001:2008 w zakresie projektowania, dostawy, montażu i uruchamiania turbin gazowych należy podnieść, że pomiędzy oświadczeniem Konsorcjum wskazanym w wykazach doświadczenia, o którym mowa w Sekcji III.2.3 pkt. 2 a,b Ogłoszenia a załączonymi do wniosku certyfikatami jakości uczestników Konsorcjum oraz GE zachodzi sprzeczność. Należy zatem uznać, że zamówienia, które zostały powołane na potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Sekcji III. 2. 3 pkt. 1, 2, nie zostały zrealizowane w oparciu o systemy jakości wymagane przez Zamawiającego. (Tom II wniosku, R.7 i nast.)

c) Wobec powyższego należy uznać, że Konsorcjum Abener nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i powinno być wykluczone

3) Zarzuty dotyczące Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera brak urzędowego zaświadczenia, potwierdzającego, że wobec Dragados S.A mającej siedzibę w Hiszpanii, nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Na potwierdzenie przedmiotowej okoliczności zamiast urzędowego zaświadczenia znajdują się oświadczenia złożone przed notariuszem w imieniu Dragados S.A, mimo iż w Hiszpanii, według wiedzy Odwołującego, wydawane są zaświadczenia urzędowe poświadczające, że wobec danego podmiotu zbiorowego nie wydano zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym należy uznać, że Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera nie złożyło wymaganych przez przepisy ustawy dokumentów potwierdzających, że wobec spółek będących członkami Konsorcjum nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji nie potwierdziło, że nie podlega wykluczeniu z niniejszego Postępowania - art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp. Ponadto złożenie przez Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera przedmiotowego dokumentu jest niezgodne z § 4 ust. 1 lit. c oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Ponadto Odwołujący wskazywał, że Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera nie złożyło stosownych zaświadczeń wobec osób prawnych wchodzących w skład organu zarządzającego spółki DURO FELGUERA S.A., a co jest wymagane przez przepisy ustawy Pzp.

b. Odwołujący wskazywał, że Wykonawca w celu wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale II1.2.3) pkt. 1 i 2 Ogłoszenia o zamówieniu powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, tj, na doświadczenie i wiedzę spółki General Electric International Inc. (dalej: GE). W celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca przedłożył wykaz zamówień zrealizowanych przez GE, a także referencje dotyczące zrealizowanych zamówień. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z wytycznymi Zamawiającego, Wykonawca powinien był przedłożyć również certyfikaty jakości, poświadczające, że zamówienia były zrealizowane w oparciu o systemy zarządzania określone w ogłoszeniu. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że certyfikaty jakości złożone przez GE, nie odnoszą się do GE tylko do GE Energy Infrastructure Power and Water. Oznacza to, że GE nie przedstawił żądanych dokumentów jakości dotyczących siebie. We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu znajduje się oświadczenie GE, wedle którego certyfikaty wydane dla GE Energy Infrastructure Power and Water są faktycznie wystawione dla spółki GE. W ocenie Odwołującego z przedłożonych certyfikatów

jakości w żaden sposób nie wynika by były one wystawione na rzecz spółki GE, natomiast oświadczenie GE nie jest oświadczeniem jednostki certyfikującej. W treści certyfikatów nie wskazano również lokalizacji spółki GE.

Z ostrożności Odwołujący podnosił, że gdyby KIO przyjęła, że z warunku wskazanego Sekcji III.2.3. 1 i 2 Ogłoszenia o zamówieniu nie wynika, by Konsorcjanci byli zobowiązani do złożenia certyfikatów na potwierdzenie, że wykonane przez nich czy podmiot trzeci zamówienia zostały zrealizowane w oparciu o certyfikaty jakościowe wymagane przez Zamawiającego, a warunki Sekcji III.2.3. 1 b i 2 c należy rozumieć w ten sposób, że tylko członkowie Konsorcjum powinni złożyć certyfikaty ISO, wymagane przez Zamawiającego, należy wskazać, że również sami konsorcjanci nie posiadają certyfikatów ISO 9001:2008 w zakresie projektowania, dostawy, montażu i uruchamiania turbin gazowych. Z uwagi na to że również żaden członek Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera nie posiada tego certyfikatu 9001:2008 w zakresie projektowania, dostawy, montażu i uruchamiania turbin gazowych. Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji III. 2. 3 pkt. 2 lit. a, b. Ponadto z uwagi na brak certyfikatów dla firmy GE oraz pozostałych członków Konsorcjum, w szczególności w

152

zakresie certyfikatu 9001:2008 zamówienia należy uznać, że zamówienia, które zostały powołane na potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Sekcji III. 2. 3 pkt. 1, 2, nie zostały zrealizowane w oparciu o systemy jakości wymagane przez Zamawiającego. (str. 393 i nast.)

c. Wobec powyższego należy uznać, że Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i powinno być wykluczone.

4) Odwołujący wskazywał, że w jego ocenie Zamawiający nieprawidłowo ocenił wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Odwołującego w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z Sekcji III.2.3. pkt. 2 lit. a Ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający przyznał Odwołującemu 9 punktów. W ocenie Odwołującego, opierając się na sposobie oceny wniosków, określonym w Sekcji VI. 3), wedle którego "za każde zrealizowane zamówienie, spełniające wymagania określone w Sekcji III. 2.3 pkt. 2 lit. a Ogłoszenia Wykonawca otrzyma 1 punkt, jednak nie więcej niż 10", Odwołujący powinien otrzymać 10 punktów. We wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, Odwołujący wykazał realizację 14 zamówień (str. 128 i nast.), które potwierdzają spełnienie wymagań określonych w Sekcji II. 2.3 pkt. 2 lit. a Ogłoszenia o zamówieniu. W związku z powyższym, jak wskazano powyżej, Odwołujący powinien otrzymać 10 punktów za spełnienie wymagań określonych w Sekcji III. 2.3 pkt. 2 lit. a Ogłoszenia o zamówieniu. W konsekwencji łączna ocena wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Odwołującego powinna wynosić 40 a nie 39 punktów.

W świetle powyższej argumentacji Odwołujący wnosil jak wyżej.

W dniu 22 maja 2012 r. Zamawiający wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

W dniu 24 maja 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienia:

- Konsorcjum GE-Iberdrola, wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów i żądań dotyczących Konsorcjum GE-Iberdrola. Konsorcjum GE-Iberdrola wskazywał, iż ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego i w oddaleniu odwołania, gdyż jest wykonawcą, którego zamawiający zakwalifikował do kolejnego etapu Postępowania (złożenie ofert wstępnych). Interes Konsorcjum GE-Iberdrola wyraża się również w tym, aby

153

postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa (zgodnie z treścią wyroku SO w Warszawie z 19 grudnia 2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07).

- Konsorcjum Abener, w którym wnosił o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów skierowanych przeciwko wnioskowi Konsorcjum Abener oraz zarzutów dotyczących wykluczenia Konsorcjum Abener z Postępowania - na podstawie art. 192 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że podniesione przez Odwołującego zarzuty nie są zasadne. Zgodnie z przeprowadzoną przez Zamawiającego oceną wniosek złożony przez Konsorcjum Abener został sklasyfikowany na piątej pozycji, co zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu powoduje, że Konsorcjum Abener zostanie zaproszone do dalszego etapu Postępowania. Uwzględnienie odwołania w części dotyczącej zarzutów skierowanych przeciwko wnioskowi Konsorcjum Abener doprowadzi do wykluczenia Konsorcjum Abener z udziału w Postępowaniu i tym samym spowoduje, że Konsorcjum Abener nie będzie mogło wziąć udziału w dalszym etapie Postępowania. Jednocześnie rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego umożliwi Konsorcjum Abener uniknięcie powyższych konsekwencji, a tym samym po stronie Przystępującego nie dojdzie do powstania szkody majątkowej związanej z utraconymi korzyściami które mógłby osiągnąć, gdyby jego wniosek został dopuszczony do udziału w kolejnym etapie Postępowania, a następnie gdyby złożył najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu.

W dniu 25 maja 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienia:

- Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż ma interes w oddaleniu odwołania i uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ Odwołujący postawił zarzut błędnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny wniosków. W przypadku zatem uwzględnienia odwołania i uznania za nieprawidłowe działań Zamawiającego, zgłaszający przystąpienie może utracić szansę na udział w Postępowaniu i realizację zamówienia, a więc występuje ryzyko poniesienia przez niego szkody. Podnosił, że pojęcie interesu wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po jednej ze stron postępowania o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp podlega szerokiej interpretacji i nie powinno być kojarzone wyłącznie z interesem odwołującego wymienionym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Za taką interpretacją opowiedziała się KIO w wyroku z 9 listopada 2012 r. stwierdzając, że interes wykonawcy w przystąpieniu do postępowania odwoławczego należy rozumieć jako „(...) jakkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której

154

przystępuje, wygra postępowanie odwoławcze. Ponadto, interes wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego nie musi być związany z konkretnym, toczącym się postępowaniem (tak: Patryka Mariusz Prz.publ.2010.3.16, 112600/1). Zgłaszający przystąpienie stał na stanowisku, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wszystkich wniosków zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp a także Ogłoszeniem o zamówieniu. Z uwagi na powyższe zgłaszający przystąpienie kwestionował zarzuty podniesione w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie w całości

- Konsorcjum POL-AQUA Dragados-Duro Felguera, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż uwzględnienie odwołania i rozstrzygnięcie na korzyść Odwołującego, zgodnie z jego żądaniami, mogłoby spowodować wykluczenie Konsorcjum POL-AQUA Dragados-Duro Felguera z Postępowania i tym samym utratę możliwości złożenia oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Nie podlega zatem wątpliwości, iż ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, do którego przystępuje, które potwierdzałoby tym samym prawidłowość dokonania oceny wniosków przez Zamawiającego i zakwalifikowania Konsorcjum POL-AQUA Dragados-Duro Felguera do dalszego udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji do zaproszenia go do złożenia oferty, co umożliwiłoby uzyskanie zamówienia.

W dniu 24 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas, w którym zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż posiada interes w dokonaniu powyższej czynności. Zważywszy na fakt złożenia własnego odwołania oraz podniesione w nim zarzuty i żądanie, liczy on, że wskutek jego uwzględnienia oraz

uwzględnienia odwołania Odwołującego zostanie zakwalifikowany do dalszego etapu Postępowania.

Pismem z dnia 6 czerwca 2012 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której żądał jego oddalenia w całości.

Co do niewykazania podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp przez Konsorcjum GE-Iberdrola, Zamawiający stał na stanowisku, że wystarczające do potwierdzenia, iż wobec spółek hiszpańskich (m.in. Iberdrola Ingenieria y Construcción S.A.U.) biorących udział w postępowaniu nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, są przedłożone oświadczenia złożone przed notariuszem. Wystawiane od końca grudnia 2011 r. zaświadczenie dotyczy kar wskazanych w art. 33 ust. 7 lit. F i art. 262 Kodeksu karnego Królestwa Hiszpanii, tj. kary zakazu uczestnictwa w przetargach sądowych oraz

155

kary zawierania umów z organami administracji publicznej. Nie odnosi się więc do wymaganego w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp zakazu uczestnictwa w przetargach publicznych. Przetargi sądowe nie stanowią odpowiednika przetargów publicznych, zaś umowy z organami administracji publicznej nie wyczerpują wszystkich zamówień publicznych. Podobnie twierdzi sam Odwołujący w zarzucie przeciwko Konsorcjum Abener, pisząc, iż członkowie Konsorcjum Abener przedłożyli jedynie oświadczenia, że *wobec tych spółek nie orzeczono zakazu zawierania umów z administracją publiczną*. Ponadto należy wskazać, iż przepisy o zamówieniach publicznych wymagają aby dokumenty na potwierdzenie braku zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne były wystawione nie wcześniej niż 6 m-cy przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który w przedmiotowej procedurze upłynął w dniu 22.03.2012 r. Tak więc Zamawiający musi honorować dokumenty na ww. okoliczność wystawione najwcześniej 22.09.2011 r., kiedy to nie wystawiano jeszcze przedmiotowych zaświadczeń (były one wystawiane jedynie przez 3 m-ce z wymaganego okresu 6 m-cy). Siłą rzeczy w przedmiotowym postępowaniu możliwe było wykazywanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania za pomocą oświadczenia złożonego przed notariuszem. Trudno natomiast uznać, aby zasadne i celowe byłoby odmienne traktowanie takich samych oświadczeń złożonych przed notariuszem przez dwie różne firmy hiszpańskie, przedłożonych w jednym postępowaniu, tylko dlatego, iż jedno zostało złożone 4 m-ce przed upływem terminu składania wniosków, zaś drugie 3 m-ce przed terminem składania wniosków, kiedy to zaczęto wydawać wskazane przez Odwołującego zaświadczenie. Podobną argumentację przedstawił skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w prowadzonym równolegle przez Zamawiającego postępowaniu na *Budowę nowego bloku gazowo-parowego w PGE GIEK S.A. Oddział Elektrociepłownia Gorzów*, w wyroku z dnia 21 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO 873/12, KIO 884/12, KIO 885/12, KIO 886/12), co potwierdza poprawność przyjętego przez Zamawiającego stanowiska. Tak więc oświadczenie Iberdrola Ingenieria y Construcción S.A.U. (Konsorcjum GE-Iberdrola) w wystarczający sposób potwierdza brak podstaw do wykluczenia. Cel nieudzielania zamówienia podmiotowi podlegającemu wykluczeniu zostanie osiągnięty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego prawidłowości certyfikatów, Zamawiający zauważał, że Odwołujący błędnie wskazuje, iż żaden z członków Konsorcjum GE-Iberdrola nie posiada certyfikatu ISO 9001:2008. W ocenie Zamawiającego certyfikat ISO 9001:2008 posiadany przez Iberdrola Ingenieria y Construcción S.A.U. (s. 908 wniosku) jest wystarczający dla potwierdzenia spełniania zarówno warunku określonego w Sekcji III.2.3) pkt 1b) i pkt 2c) ogłoszenia o zamówieniu, gdyż obejmuje bowiem swym zakresem

156

projektowanie, (...) budowę, rozruch i uruchomienie, serwis posprzedażowy, (...) w zakresie technologii środowiskowych (...) w sektorze energetycznym w zakresie instalacji z sektora (...) gazowego (...). Takie określenie zakresu jest szerokie i obejmuje w sobie również jednoznacznie projektowanie, dostawy, montaż i uruchamianie turbin gazowych. Jeśli zaś chodzi o warunki opisane w Sekcji III.2.3) pkt 1a, 2 a i 2b ogłoszenia, to na potwierdzenie ich spełniania Zamawiający żądał jedynie Wykazu zrealizowanych zamówień zawierający m.in. informację: *wykaz systemów zarządzania stosowanych w czasie realizacji zamówienia*. Wraz

z ww. Wykazem należało przedłożyć dokumenty potwierdzające, że zamówienia te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (warunek w Sekcji III.2.3) pkt 1a ogłoszenia) / wykonane (są wykonywane) należycie (warunek w Sekcji III.2.3) pkt 2a i 2b ogłoszenia) (*np. listy referencyjne, opinie użytkowników, protokoły odbioru*). Dla potwierdzenia spełniania tych warunków Zamawiający opierał się jedynie na informacjach podanych w wykazach (str. 828-833 wniosku) i nie brał pod uwagę żadnych dodatkowych certyfikatów załączonych do wniosku. Certyfikaty te są zbędne z punktu widzenia zasad oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu, dlatego bezpodstawne jest doszukiwanie się sprzeczności między nimi a informacjami w wykazach i kwestionowanie na ich podstawie tych ostatnich.

Co do zarzutu dotyczącego niewykazania podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp Zamawiający stwierdzał, iż przedstawia analogiczną argumentację jak w odniesieniu do Konsorcjum GE-Iberdrola. Dodatkowo Zamawiający pragnie wskazać, iż niezasadne i niemające poparcia w stanie faktycznym są także jego zarzuty względem przedłożonych oświadczeń przed notariuszem dla spółek Abener Energia S.A. i Abener Ghenova Ingenieria Sp. z o.o. Oświadczenia te nie dotyczą jedynie braku orzeczenia zakazu zawierania umów z administracją publiczną. W oświadczeniach tych wskazano cały szereg licznych okoliczności, które łącznie wystarczająco dowodzą niekaralności tych spółek w zakresie braku zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. W oświadczeniach tych wymieniono bowiem jak najszerzej okoliczności, które mogą być przedmiotem orzeczenia w hiszpańskim systemie prawnym: (...) *W trakcie uczestniczenia w jakiegokolwiek licytacji i w związku z wymaganiami w celu uczestnictwa w przetargach, licytacjach lub procedurach negocjacyjnych ogłoszonych przez Administrację Publiczną jakiegokolwiek szczebla (centralną, autonomiczną, prowincjonalną i lokalną), Organy Rządowe Wysp Kanaryjskich, Organizmy Autonomiczne oraz wszystkie rodzaje Stowarzyszeń Lokalnych i Wspólnot, jednostek Instytucyjnych, a także jakiegokolwiek osobę publiczną lub prywatną, zarówno fizyczną jak i prawną, którymi spółka byłaby zainteresowana, zarówno w stosunku do spółki i jej Zarządców oraz jej Reprezentantów oraz osób występujących w jej imieniu, którzy są w*

157

pełni uprawnieni do przedstawiania i podpisywania propozycji lub ofert, nie zachodzi żadna z okoliczności niezdolności do zastosowania się do treści artykułów 49 i 50 Ustawy o Umowach w Sektorze Publicznym 30/2007 z dnia 30 października, a także ustawy regulującej umowy przyznawania koncesji na roboty publiczne 13/2003 z dnia 23 maja, a także wszystkich innych rozporządzeń uzasadniających lub mających zastosowanie, (s. 223 i s. 246 wniosku złożonego przez Konsorcjum Abener). Tak więc oświadczenia Abener Energia S.A. i Abener Ghenova Ingenieria Sp. z o.o. (Konsorcjum Abener) w wystarczający sposób potwierdzają brak podstaw do wykluczenia. Cel nieudzielania zamówienia podmiotowi podlegającemu wykluczeniu zostanie osiągnięty.

Bezpodstawny jest także zarzut dotyczący niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Sekcji III.2.3) pkt 1 i 2 Ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący błędnie interpretuje zapisy ogłoszenia o zamówieniu twierdząc, iż dla potwierdzenia, że zadania wykazane w odniesieniu do warunków określonych w Sekcji III.2.3) pkt 1a, 2a i 2b należało przedłożyć *certyfikaty jakości, poświadczające, że zamówienia te były zrealizowane w oparciu o systemy zarządzania określone w ogłoszeniu*. Dla potwierdzenia tych warunków należało dołączyć do wniosku jedynie Wykaz zrealizowanych zamówień zawierający m.in. informację: *wykaz systemów zarządzania stosowanych w czasie realizacji zamówienia*. Wraz z ww. Wykazem należało przedłożyć dokumenty potwierdzające, że zamówienia te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (warunek w Sekcji III.2.3) pkt 1a Ogłoszenia o zamówieniu) / wykonane (są wykonywane) należycie (warunek w Sekcji III.2.3) pkt 2a i 2b ogłoszenia) (*np. listy referencyjne, opinie użytkowników, protokoły odbioru*). Wykazując spełnianie powyższych warunków na podstawie zadań udostępnionych przez GE, Konsorcjum Abener nie było więc zobowiązane do przedstawienia certyfikatów GE. Wskazywane w odwołaniu certyfikaty Energy Infrastructure Power and Water były dokumentami nadmiernymi, które nie podlegały ocenie, gdyż ocena opierała się na informacjach zawartych w ww. wykazie. Jeśli zaś chodzi o spełnianie warunków określonych w Sekcji III.2.3) pkt 1b i 2c ogłoszenia o zamówieniu, to stwierdzić należy, iż potwierdza je stosowny certyfikat dla Abener Energia S.A., która to spółka jest członkiem Konsorcjum Abener.

Przedłożony certyfikat ISO 9001 o numerze ER-0026/2000 (s. 34 uzupełnienia Wniosku) obejmuje bowiem swym zakresem projektowanie, (...) budowę, instalację, rozruch i przekazanie do eksploatacji, obsługę i konserwację projektów związanych z energią (projektów energetycznych). Takie określenie zakresu jest szerokie i obejmuje w sobie również bloki gazowo-parowe i turbiny gazowe. Odwołujący nie dowiódł, że certyfikat nie obejmuje zakresu wymaganego w Sekcji III.2.3) pkt 2c) Ogłoszenia o zamówieniu.

158

Reasumując, Wniosek (od str. 152 do str. 189) wraz z uzupełnieniem Wniosku (str. 23 do 56) zawiera niezbędne potwierdzenie posiadanych zdolności technicznych określonych w Ogłoszeniu o zamówieniu.

W odniesieniu do zarzutu niewykazania podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp przez Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera z uwagi na brak urzędowych zaświadczeń potwierdzających nieorzeczenie zakazu ubiegania się o zamówienie, Zamawiający przedstawiał analogiczną argumentację jak w odniesieniu do pozostałych kwestionowanych wykonawców. Oświadczenia Dragados S.A. i Duro Felguera S.A. w wystarczający sposób potwierdzają brak podstaw do wykluczenia. Cel nieudzielenia zamówienia podmiotowi podlegającemu wykluczeniu zostanie osiągnięty.

Co do kwestionowanego braku zaświadczeń wobec osób prawnych wchodzących w skład organu zarządzającego spółki Duro Felguera S.A., to zdaniem Zamawiającego brak podstawy prawnej dla postawienia przedmiotowego zarzutu. Art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wymieniono bowiem przestępstwa, które popełnić mogą członkowie zarządu, którzy są osobami fizycznymi nie zaś osobami prawnymi. Z przepisów więc nie wynika, że osoby prawne będące członkiem organu zarządzającego innych osób prawnych mają obowiązek wykazywać niekaralność w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko potwierdza także przytoczony wyrok z dnia 21 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO 873/12, KIO 884/12, KIO 885/12, KIO 886/12), w którym wobec analogicznego zarzutu orzeczono: *Natomiast wskazany w pkt 14 odwołania zarzut braku przedstawienia zaświadczeń dla osób prawnych wchodzących w skład organu zarządzającego spółki DURO FELGUERA SA. pozbawiony jest podstawy prawnej.*

Zdaniem Zamawiającego bezpodstawny jest także zarzut dotyczący niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Sekcji III.2.3) pkt 1 i 2 Ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący błędnie interpretuje zapisy Ogłoszenia o zamówieniu twierdząc, iż dla potwierdzenia, że zadania wykazane w odniesieniu do warunków określonych w Sekcji III.2.3) pkt 1a, 2a i 2b należało przedłożyć *certyfikaty jakości, poświadczające, że zamówienia te były zrealizowane w oparciu o systemy zarządzania określone w ogłoszeniu.* Dla potwierdzenia tych warunków należało dołączyć do wniosku jedynie Wykaz zrealizowanych zamówień zawierający m.in. informację: *wykaz systemów zarządzania stosowanych w czasie realizacji zamówienia.* Wraz z ww. Wykazem należało przedłożyć dokumenty potwierdzające, że zamówienia te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (warunek w Sekcji III.2.3) pkt 1a ogłoszenia) / wykonane (są wykonywane) należycie (warunek w Sekcji III.2.3) pkt 2a i 2b

159

ogłoszenia) (np. listy referencyjne, opinie użytkowników, protokoły odbioru). Wykazując spełnianie powyższych warunków na podstawie zadań udostępnionych przez GE, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera nie było więc zobowiązane do przedstawienia certyfikatów GE. Wskazywane w odwołaniu certyfikaty Energy Infrastructure Power and Water były dokumentami nadmiernymi, które nie podlegały ocenie, gdyż ocena opierała się na informacjach zawartych w ww. Wykazie. Jeśli zaś chodzi o spełnianie warunków określonych w Sekcji III.2.3) pkt 1b i 2c ogłoszenia o zamówieniu, to stwierdzić należy, iż potwierdza je stosowny certyfikat jakości dla Duro Felguera S.A., która to spółka jest członkiem Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera. Przedłożony certyfikat (s. 520 Wniosku) obejmuje bowiem swym zakresem projektowanie, inżynierię, zaopatrzenie, budowę i usługi zarządzania projektami instalacji przemysłowych „pod klucz” dla energetyki i przemysłu. Takie określenie zakresu jest szerokie i obejmuje w sobie również elementy instalacji energetycznych, jakimi są turbiny gazowe (wymóg Sekcji III.2.3) pkt 2c

ogłoszenia). W związku z tym nie ma podstaw do twierdzenia, iż Konsorcjum POL-AQUA- Dragados-Duro Felguera nie wykazało spełniania żadnego warunku określonego w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu. Wyjątkowy dowód na słuszność stanowiska Zamawiającego stanowi wyrok KIO z dnia 21 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO 873/12, KIO 884/12, KIO 885/12, KIO 886/12), w którym w taki właśnie sposób argumentowano oddalenie analogicznego zarzutu.

Odwołujący podnosił także wadliwość oceny punktowej spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Wg Odwołującego za spełnianie warunku określonego w Sekcji III.2.3. pkt 2a) Ogłoszeniu o zamówieniu powinien otrzymać 10 pkt a nie 9 pkt, jak przyznał Zamawiający, co w skutkowało zaniżeniem ogólnej liczby zdobytych punktów (przyznano 39 pkt, zaś zdaniem Odwołującego powinien otrzymać 40 pkt). Zamawiający nie zgadza się z tym zarzutem. Przypomina, że zgodnie z treścią Ogłoszenia (Sekcja V1.3) pkt 2 (...) *W przypadku wskazania jednego obiektu referencyjnego spełniającego łącznie wymagania określone w sekcji III.2)3 pkt 1. ppkt a) oraz 2. ppkt a) Wykonawcy zostaną przyznane 2 (dwa) punkty.* Większość z 14 zamówień wskazywanych przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunku w Sekcji III.2.3) pkt 2a pokrywała się z zamówieniami wskazywanych na potwierdzenie spełniania warunku w Sekcji III.2.3) pkt 1a, a mianowicie:

- **Koln Niehr 2 (RheinEnergie), list referencyjny, powtórzenie III.2.3) pkt 1a);**
- **Simmering BKW 1 (Wien Energie), list referencyjny, powtórzenie III.2.3) pkt 1a);**

160

-
- **Timelkam (Energie AG Oberosterreich) - 1 TG, list referencyjny, powtórzenie III.2.3) pkt 1a);**
 - **Pont-sur-Sambre (Poweo) - 1 TG, list referencyjny, powtórzenie III.2.3) pkt 1a);**
 - **Sloecentrale (Sloe) - 1 TG, list referencyjny, powtórzenie III.2.3) pkt 1a);**
 - **Chana (EGAT) - 2 TG, list referencyjny, powtórzenie III.2.3) pkt 1a);**
 - **Ca Mau (PETRO) blok 1 - 2 TG, list referencyjny, powtórzenie III.2.3) pkt 1a);**
 - **Bang Pakong (EGAT) blok 5 - 2 TG, list referencyjny, powtórzenie III.2.3) pkt 1a);**
 - **Irsching 5 (E.ON) - 1 TG, list referencyjny, powtórzenie III.2.3) pkt 1a);**
 - Taweelah B (TAPCO) - 3 TG, list referencyjny, powtórzenie III.2.3) pkt 1a);
 - Piacenza (EdiPower) - 2 TG, list referencyjny, powtórzenie III.2.3) pkt 1a).

Za 9 zadań powyżej zapisanych pogrubioną czcionką, a także za jeszcze jedno zadanie wymienione tylko dla potwierdzenia warunku III.2.3) pkt a) Ogłoszenia (Hamm (Trianel), list referencyjny) Zamawiający przyznał po 2 pkt zgodnie z zasadami punktacji warunku III.2.3) pkt 1a) (łącznie max 20 pkt).

Ze względu na ograniczenie punktacji dla zadań powtarzających się na potwierdzenie warunków III.2.3) pkt 1a) i 2a), powyższych 9 pogrubionych zadań Zamawiający nie mógł już punktować w warunku III.2.3) pkt 2a) (przyznano już za nie bowiem po 2 pkt). Tak więc dla punktacji w tym warunku przyjęto jedynie zadania:

- Taweelah B (TAPCO) - 3 TG, list referencyjny, powtórzenie ale nie punktowane w III.2.3) pkt 1a);
- Piacenza (EdiPower) - 2 TG, list referencyjny, powtórzenie ale nie punktowane w III.2.3) pkt 1a);
- Zwitina - 2 TG, list referencyjny;
- Antalya - 2TG, list referencyjny.

Zamawiający za te zadania przyznał 9 pkt, gdyż obejmują łącznie 9 turbin gazowych (TG) (1 pkt za 1 turbinę).

Zamawiający nie punktował zadania - Mainz Wiesbaden blok 3, gdyż ta turbina została oddana do eksploatacji ponad 10 lat temu (spoza okresu wymaganego w Ogłoszeniu o zamówieniu).

161

Mając na uwadze powyższą argumentację, zdaniem Zamawiającego należy uznać, że zarzuty podniesione w odwołaniu są niezasadne.

Konsorcjum Abener w piśmie procesowym z dnia 6 czerwca 2012 r. nie zgadzało się ze stanowiskiem Odwołującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia ze względu na nieprzedłożenie zaświadczeń urzędowych o zakazie ubiegania się o zamówienie publiczne wskazywało, że nie jest jednoznaczne, czy w kraju siedziby Konsorcjum Abener wydaje się zaświadczenia potwierdzające zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne stanowiące odpowiednik zaświadczeń wydawanych w Polsce wobec osób prawnych przez Krajowy Rejestr Karny. W tych okolicznościach Konsorcjum Abener przedłożyło wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu stosowne oświadczenia złożone przed notariuszem - zastępujące zaświadczenia o zakazie ubiegania się o zamówienie. Na powyższą możliwość wskazuje opisana poniżej wykładnia przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zgodnie z jego treścią: "§ 4. 1. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1: 1) pkt 2-4 i pkt 6 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie; 3. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania..."

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż na etapie złożenia odwołania Odwołujący nie udowodnił, że przepisy obowiązujące w Hiszpanii pozwalały Konsorcjum Abener na przedstawienie zaświadczenia właściwego organu administracyjnego lub sądowego kraju siedziby Konsorcjum Abener potwierdzającego okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 punkt 9 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego to na Odwołującym ciąży dowód w zakresie przedłożenia wyciągu z odpowiednich przepisów prawa obowiązujących w Królestwie Hiszpanii wskazujących, że w tym kraju wydaje się zaświadczenia potwierdzające, że wobec osoby prawnej nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia. Ponadto Odwołujący powinien udowodnić, iż zakres przedmiotowych zaświadczeń wydawanych w Hiszpanii oraz w Polsce jest tożsamy. Konsorcjum Abener twierdził, iż nie

162

miało obowiązku przedkładania zaświadczenia o niekaralności z hiszpańskiego rejestru karnego. Zdaniem Konsorcjum Abener zaświadczenie, o którym mowa w zdaniach poprzednich należałoby złożyć wraz z wnioskiem jedynie sytuacji, gdyby właściwe organy mające siedzibę w Hiszpanii wydawały dokument stanowiący dokładny odpowiednik zaświadczenia wydawanego przez Krajowy Rejestr Karny w Polsce - w zakresie określonym w treści art. 24 ust. 1 punkt 9 ustawy Pzp. Konsorcjum Abener stało na stanowisku, iż zaświadczenie wydawane z rejestru karnego w Hiszpanii prawdopodobnie nie stanowi całkowitego odpowiednika zaświadczenia z Krajowego Rejestru karnego w Polsce, a przynajmniej nie można tego stwierdzić bez dogłębnej analizy przepisów obydwu systemów prawnych. Na powyższą okoliczność wskazują:

Zgodnie z 33 ust. 7 pkt f Hiszpańskiego Kodeksu Karnego wobec osoby prawnej z siedzibą Hiszpanii nie orzeka się zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, lecz zakaz zawierania umów z jednostkami sektora z publicznego.

Zgodnie z art. 17 ust. 6 Dekretu 95/2009 o Centralnym Rejestrze Skazanych obowiązującym w Hiszpanii w przedmiotowym rejestrze nie ujawnia się danych dotyczących wykroczeń. Tożsamego wyłączenia nie zawierają przepisy ustawy z dnia 24 maja 2000 roku o Krajowym Rejestrze Karnym. Zgodnie z art. 1 ust. 2 punkt 7 wskazanej ustawy w Krajowym Rejestrze Karnym ujawnia się informacje o skazanych za wykroczenia na karę aresztu.

Zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, odpowiedzialność osób prawnych powstaje wyłącznie, wówczas gdy doszło do wcześniejszego wydania jednego z wyroków wskazanych w powyższym przepisie. Zgodnie z art. 31 bis ust. 2 Hiszpańskiego Kodeksu Karnego odpowiedzialność osób prawnych może powstać także wówczas, gdy osoba fizyczna nie została zidentyfikowana lub niemożliwe było wszczęcie wobec niej

postępowania karnego (a więc również w tych przypadkach, gdy nie dochodzi do wydania wyroku przeciwko osobie fizycznej).

Zgodnie z art. 3 punkt 3a ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, odpowiedzialność osób prawnych powstaje także wówczas, jeżeli czyn zagrożony karą popełniła osoba będąca przedsiębiorcą, który bezpośrednio współdziałał z podmiotem zbiorowym. Zgodnie z art. 31 bis ust. 2 Hiszpańskiego Kodeksu Karnego odpowiedzialność osób prawnych nie rozciąga się na przedsiębiorców współdziałających z podmiotem zbiorowym.

163

Z przepisów art. 31 bis i nast. Hiszpańskiego Kodeksu Karnego, że możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności osoby prawnej nie jest ograniczona upływem jakiegokolwiek terminu od momentu wydania orzeczenia wobec osoby fizycznej. Natomiast zgodnie z art. 14 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne nie orzeka się po upływie 10 lat od dnia wydania orzeczenia wobec osoby fizycznej.

Dowód: wyciąg z przepisów Hiszpańskiego Kodeksu Karnego oraz Dekretu 95/2009 o Centralnym Rejestrze Skazanych - wraz z tłumaczeniami na język polski

Biorąc pod uwagę opisane okoliczności Konsorcjum Abener składając dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w Postępowaniu nie miało pewności, czy zaświadczenia wydawane przez hiszpański rejestr karny są dokumentami potwierdzającymi, że wobec Konsorcjum Abener nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie (a więc, czy są dokładnymi odpowiednikami zaświadczeń wydawanych przez Krajowy Rejestr Karny w Polsce). W opisanej sytuacji, Konsorcjum Abener uznało, że dozwolone jest przedłożenie zaświadczenia z rejestru karnego w Hiszpanii, *lub* oświadczenia złożonego przed notariuszem na potwierdzenie spełnienia analizowanego warunku udziału w Postępowaniu. Opisaną w zdaniu poprzednim możliwość potwierdza orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2012 r (sygn. akt. KIO 168/12):

"ze względu na brak zdecydowanego poglądu, który z rodzajów dokumentów (oświadczenia czy zaświadczenia) należy złożyć, w sytuacji wątpliwej dopuszczalne jest złożenie któregośkolwiek z nich, gdyż nie można obciążać ani wykonawcy, ani zamawiającego negatywnymi skutkami takiej sytuacji"

Okoliczność, iż zaświadczenia wydawane z hiszpańskiego Rejestru Skazanych mogą być zastępowane oświadczeniami składanymi przed notariuszem znalazła potwierdzenie w aktualnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2012 r. (sygn. akt. KIO 885/12).

Z ostrożności procesowej należy podkreślić, że o ile Zamawiający kwestionowałby prawidłowość złożenia oświadczenia notarialnego, o którym mowa w punkcie poprzednim powinien być w pierwszej kolejności wezwać Konsorcjum Abener do uzupełnienia właściwego zaświadczenia z rejestru karnego (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy ustawy Pzp).

164

Mając na uwadze wszystkie opisane okoliczności, żądanie wykluczenia Konsorcjum Abener z udziału w Postępowaniu nie zasługuje na uwzględnienie.

Z ostrożności procesowej Konsorcjum Abener ustosunkowało się do zarzutu Odwołującego, zgodnie z którym należy uznać, iż przedłożone przez Konsorcjum Abener oświadczenia nie potwierdzają, iż wobec Konsorcjum Abener nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, a tym samym nie poświadczyło w sposób należyty, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Należy podkreślić, iż członkowie konsorcjum Konsorcjum Abener są spółkami mającymi siedziby w Hiszpanii. Oznacza to, że ponoszą odpowiedzialność karną w szczególności zgodnie z przepisami obowiązującymi w kraju

swojej siedziby. Jak wynika z treści art. 33 ust. 7 pkt f Hiszpańskiego Kodeksu Karnego jednym z środków karnych orzekanych wobec osób prawnych w Hiszpanii jest zakaz zawierania umów z sektorem publicznym. Należy podkreślić, iż powyższy zakaz jest jedynym, a zarazem najdalej idącym środkiem karnym w Hiszpanii penalizującym ubieganie się o zamówienie publiczne. Zarówno Hiszpański Kodeks Karny jak również pozostałe przepisy obowiązujące w Hiszpanii nie posługują się identyczną terminologią zakazu, jak to ma miejsce w treści art. 24 ust. 1 p. 9 ustawy Pzp tj. "zakazu ubiegania się o zamówienie".

Dowód: wyciąg z Hiszpańskiego Kodeksu Karnego wraz z tłumaczeniem na język polski

Terminologia zastosowana w oświadczeniu Konsorcjum Abener, jak również wynikająca z art. 33 ust. 7 pkt f Hiszpańskiego Kodeksu Karnego nawiązują do terminologii, którą posługuje się ustawa Ley 30/2007 de Contratos del Sector Publico. Już w tym miejscu należy zauważyć, iż nazwa powyższej ustawy, która stanowi odpowiednik Prawa zamówień publicznych w Polsce może być przetłumaczona jako "Ustawa 30/2007 o umowach w sektorze publicznym". W dalszej kolejności również z art. 2 ust. 1 powyższej ustawy wynika, że przedmiotowa ustawa ma zastosowanie nie do umów o zamówienie publiczne, lecz do umów zawieranych z sektorem publicznym. Natomiast z treści art. 3 ustawy wynika, jakie podmioty ten sektor publiczny tworzą. Ponadto art. 49 ustawy stanowi, w jakich przypadkach wykonawca nie może zawierać umów z sektorem publicznym.

Dowód: wyciąg z Ustawy 30/2007 o umowach w sektorze publicznym

Biorąc pod uwagę zbliżoną terminologię art. 33 ust. 7 pkt f Hiszpańskiego Kodeksu Karnego oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp należy dojść do wniosku, że cel zakazów opisanych w treści analizowanych przepisów jest taki sam. Obydwa przepisy zmierzają do wykluczenia sytuacji, w której umowę o zamówienie publiczne zawiera podmiot, wobec

165

którego orzeczono zakaz uczestniczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Podmiot wobec którego orzeczono zakaz zawierania umów z jednostkami sektora publicznego w Hiszpanii nie będzie mógł skutecznie wziąć udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Polsce. Opisany skutek nie wynika z literalnego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, lecz z wykładni celowościowej tego przepisu. Celem art. 24 ust. 1 pkt 9 jest wykluczenie z udziału w postępowaniu podmiotów, które z uwagi na popełnione przestępstwa nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego. Z ostrożności procesowej, jeżeli uznać, że opisane zakazy nie są tożsame należy zwrócić uwagę, iż złożenie oświadczenia opartego na terminologii, którą posługuje się prawo w Hiszpanii i tak w szerszym zakresie zabezpiecza interesy Zamawiającego. Uzasadniając powyższą tezę należy wskazać na hipotetyczną sytuację: a) wobec Konsorcjum Abener zgodnie z art. 33 ust. 7 pkt f Hiszpańskiego Kodeksu Karnego orzeczono zakaz zawierania umów z jednostkami sektora publicznego; b) Konsorcjum Abener składa w Postępowaniu oświadczenie, zgodnie z którym wobec Przystępującego nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie; c) oświadczenie Konsorcjum Abener jest zgodne z prawdą, gdyż orzeczony środek karny w świetle przepisów obowiązujących Hiszpanii nie nazywa się "zakazem ubiegania się o zamówienie". Zamawiający nie może zarzucić Konsorcjum Abener złożenia oświadczenia nieprawdziwego i tym samym wykluczyć z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 punkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze opisane okoliczności, Konsorcjum Abener złożyło oświadczenie przed notariuszem w Hiszpanii zgodnie z terminologią, którą posługuje się prawo obowiązujące w państwie siedziby Przystępującego. Oświadczenie to w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego oraz służy celowi, dla którego ustanowiony został art. 24 ust. 1 punkt 9 ustawy Pzp. W przypadku, gdyby złożone oświadczenie okazało się nieprawdziwe Zamawiający mógłby wykluczyć Przystępującego z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z ostrożności procesowej należy podkreślić, że o ile Zamawiający kwestionowałby prawidłowość złożenia oświadczenia notarialnego, o którym mowa w punktach poprzednich powinien był w pierwszej kolejności wezwać Konsorcjum Abener do uzupełnienia właściwego zaświadczenia z rejestru karnego (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Mając na uwadze wszystkie opisane okoliczności, żądanie wykluczenia Przystępującej z udziału w Postępowaniu nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zaniechania wykluczenia ze względu na rzekomą wadliwość certyfikatów ISO Konsorcjum Abener stało na stanowisku, iż argumentacja Odwołującego opiera się na fałszywym założeniu, iż dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu

166

dotyczących wykonanych zamówień, należało przedstawić certyfikaty dla wdrożonych systemów zarządzania w oparciu, o które referencyjne zamówienia wykonano. Zgodnie z treścią Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wymagał przedstawienia stosownych wykazów zamówień oraz załączenia dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, natomiast przedstawienie certyfikatów w oparciu, o które zamówienia zostały wykonane nie było wymogiem Zamawiającego. W niemalże identycznym do powyższego stanie faktycznym oraz również w zakresie odwołania Odwołującej wniesionego w innej sprawie został wydany już wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 873/12, KIO 884/12, KIO 885/12, KIO 886/12), gdzie Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła tożsame zarzuty przedstawione przez Odwołującego. Nawet gdyby certyfikaty przedłożone przez General Electric International Inc. nie potwierdzały spełnienia warunku zdolności technicznej określonego w Sekcji III.2.3) pkt 2 ppkt c) Ogłoszenia o zamówieniu, to wdrożenie systemów o których mowa w Sekcji III.2.3) pkt 2) ppkt c) jest potwierdzone certyfikatami przedłożonymi przez Konsorcjum Abener. Konsorcjum Abener zwracało uwagę, iż zgodnie z Sekcją III.2.3) pkt 2 ppkt c) Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie dostawy i serwisowania turbin gazowych wymogiem Zamawiającego było wykazanie się posiadanym wdrożonym i potwierdzonym certyfikatem systemem zarządzania jakością w zakresie projektowania, dostaw, montażu i uruchamiania turbin gazowych zgodny z normą ISO 9001:2008 lub równoważna. Konsorcjum Abener w piśmie z dnia 26.04.2012 na str. 24-47 przedłożyło certyfikaty potwierdzające wdrożenie wymaganych przez Zamawiającego systemów. W zakresie spełnienia warunku wdrożenia i potwierdzenia certyfikatem systemu zarządzania jakością -opisanym w Sekcji III.2.3) pkt 2 ppkt c) Ogłoszenia o zamówieniu, Konsorcjum Abener dołączyło certyfikaty, wraz z ich tłumaczeniem na język polski, o następujących numerach: Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością ISO 9001:2008 nr ER-00026/2000 w zakresie projektowania, inżynierii, zarządzania na placu budowy, budową, instalacją, rozruchem i przekazaniem do eksploatacji, obsługą i konserwacją projektów związanych z energią; Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością ISO 9001:2008 nr ES-1250/2009; w zakresie projektowania i realizacji zarządzania przemysłowych projektów inżynierskich w dziedzinie energii odnawialnej, Kogeneracji i ogrzewania energią słoneczną; Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością ISO 9001:2008 nr ER-1250/2009. W zakresie projektowania i realizacji projektów inżynierii przemysłowej w zakresie energii odnawialnych, cykliów kombinowanych i energii słonecznej.

*Dowód: Dokument z dnia 26.04.2012 r. Addendum I uzupełnienie dokumentów
Prekwalifikacyjnych Abener*

167

W ocenie Konsorcjum Abener powyższe certyfikaty potwierdzają spełnienie warunku zdolności technicznej, o której mowa w Sekcji III.2.3) pkt 2 ppkt c) Ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ dostawa i serwisowanie turbin gazowych mieszczą się w zakresie wykonywania projektów związanych z energią, cykliów kombinowanych tak jak to opisano w przedstawionych powyżej certyfikatach. Zdaniem Konsorcjum Abener treść przedmiotowych certyfikatów świadczy jednoznacznie, że ich zakres jest szerszy aniżeli wymagany przez Zamawiającego w treści Ogłoszenia o zamówieniu. Projekty związane z projektowaniem, dostawą, montażem oraz uruchomianiem turbin gazowych mieści się są Projektami dotyczącymi energii i mieszają się w zakresie certyfikatów Konsorcjum Abener dotyczących odpowiednio energii oraz energii odnawialnej. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zakres certyfikatów złożonych przez Abener jest węższy niż tego wymagał Zamawiający. Na odwołującym ciążył ciężar dowodu w tym zakresie zgodnie z art. 6 k.c. Już choćby z samego opisu przedmiotu zamówienia w Sekcji II. 1.5) Ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym *"Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, dostawa, montaż, rozruch, przekazanie do eksploatacji oraz serwis gwarancyjny kogeneracyjnego bloku gazowo-parowego o mocy od 220 do około 270 MWe netto albo od 400 do około 450 MWe netto wraz z instalacjami i*

objektami pomocniczymi w PGE GiEK SA Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz,...)" wynika, iż z uwagi na fakt, że turbina gazowa jest nieodłącznym elementem funkcjonowania kogeneracyjnego bloku gazowo-parowego, to certyfikaty potwierdzające wdrożenie systemów zarządzania jakością w zakresie projektowania i realizacji projektów inżynierskich w dziedzinie Kogeneracji oraz w zakresie projektów związanych z energią, potwierdzają wdrożenie takich systemów w zakresie dostawy i serwisowania turbin gazowych. Okoliczność, iż zakres certyfikatów ISO w postępowaniach dotyczących budowy bloków energetycznych, nie musi odnosić się w sposób "ekskluzywny" wyłącznie do tego typu projektów (a warunku udziału w postępowaniu można uznać za spełnione jeżeli certyfikat ISO ma szerszy zakres) potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 873/12). Mając na uwadze powyższe, zarzut Odwołującego już tych tylko powodów powinien być oddalony jako bezzasadny.

W zakresie zarzutu błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego, a w konsekwencji zaniżenia punktację za spełnianie warunków udziału w Postępowaniu przyznanej Odwołującemu Konsorcjum Abener nie zgadzało się z wyżej zaprezentowanym stanowiskiem Odwołującego. W jego ocenie Odwołujący nie wykazał, dlaczego wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożony przez Odwołującego winien być oceniony na 40 punktów. Dlatego też jako nieudowodniony, zarzut Odwołującego podlega oddaleniu.

168

Pisma Konsorcjum GE-Iberdrola z dnia 14 i 25 czerwca 2012 r. odnosiło się również do sprawy KIO 1038/12.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Stan faktyczny nie jest sporny w niniejszej sprawie i w wystarczającym zakresie został opisany powyżej.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

KIO 1010/12

Izba uznała, iż odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, nie stwierdzono podstaw do odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała również, iż Odwołujący spełnia przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym Ogłoszenie o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w szczególności wniosek Odwołującego, raport Doradcy Technicznego dla Komisji Przetargowej przy PGE GiEK dotyczący oceny wniosków złożonych przez wykonawców w postępowaniu „Budowa nowego bloku gazowo-parowego w PGE GiEK SA Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz”, Badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, opinię sporządzoną przez p. Dariusza Kobę z Centrum Zamówień Publicznych sp. z o.o., odwołanie, zgłoszenia przystąpień, pismo Odwołującego z 5 czerwca 2012 r., pismo Przystępującego Konsorcjum MCE-Babcock-BHR z dnia 6 czerwca 2012 r., odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z 6 czerwca 2012 r. Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodów z dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych wraz z pismem Odwołującego z dnia 5 czerwca 2012 r. (dodatkowym poza pismem dotyczącym kwestii

169

interesu we wniesieniu odwołania), które również objęte było tajemnicą przedsiębiorstwa, a które z uwagi na decyzję Izby o jego odtajnieniu poza pkt II, gdyż nie zawierało informacji, które można byłoby kwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zostało przez Odwołującego wycofane (jako dowody zgłoszono załączniki nr od 2 do 5 do przedmiotowego pisma). Izba wskazała, iż przeprowadzenie tego dowodu nie jest niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy. Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego wnioskowany dowód miał potwierdzić istnienie

szczególnej więzi pomiędzy podmiotami działającymi w ramach Grupy Alstom, uzasadniających przyznanie dodatkowej punktacji za doświadczenie udostępnione w ramach tej grupy kapitałowej. Izba uznała, że w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny zgodności z ustawą Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych lub zaniechanych w Postępowaniu w oparciu o dokumenty złożone w tymże Postępowaniu i dostępne dla Zamawiającego w toku oceny wniosków. Przedmiotowe dokumenty, na które powoływał się Odwołujący, wnosząc o przeprowadzenie dowodu, nie zostały złożone wraz z wnioskiem Odwołującego, a zatem nie były dostępne Zamawiającemu. Ponadto Zamawiający jako zasadę punktacji na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych przyjął punktowanie wyłącznie doświadczenia własnego wykonawcy, pomijając doświadczenie udostępnione w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, niezależnie od okoliczności, czy udostępniającym zasoby w tym trybie był podmiot z grupy kapitałowej wykonawcy czy też podmiot spoza grupy kapitałowej wykonawcy. Z analogicznych powodów Izba oddaliła również wniosek o odroczenie rozprawy w celu umożliwienia Odwołującemu przedstawienia dowodu w postaci oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności podmiotów udostępniających doświadczenie. Wobec powyższego przeprowadzenie powyższych dowodów było w ocenie Izby zbędne i skutkowało by wyłącznie zwłoką w przeprowadzeniu postępowania odwoławczego (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp).

Izba uznała skuteczność zgłoszonych przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo, Konsorcjum Stalbud Tarnów Technicas Reunidas i Konsorcjum Abener oraz po stronie Odwołującego: Konsorcjum MCE-Babcock-BHR, z uwagi na spełnienie przez te podmioty warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp Izba oddaliła opozycję Odwołującego wobec przystąpienia po stronie Zamawiającego Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo, uznając, iż nie uprawdopodobnił on, że zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Interes w przystąpieniu należy rozumieć szeroko i nie można go utożsamiać z interesem warunkującym wniesienie odwołania. Wykonawca zakwalifikowany do dalszego etapu Postępowania ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego

170

podtrzymującego dotychczasowe stanowisko Zamawiającego. Ponadto Odwołujący opiera swoje stanowisko na własnych wyliczeniach punktowych, nie wykazał jednak bezspornie, iż w żadnym razie nie może zaistnieć sytuacja, gdy więcej niż 5 wykonawców uzyska maksymalną liczbę 40 punktów, co potencjalnie mogłoby zagrozić interesowi Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty naruszenia ustawy Pzp w nim podniesione.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do uwzględnienia dyspozycji niniejszego przepisu przy dokonywaniu badania i oceny ofert, tj. nie jest zobowiązany do przyznania dodatkowej punktacji wykazanim zamówieniom, realizowanym przez podmioty z tej samej grupy kapitałowej, którymi wykonawca dysponuje na podstawie udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Dowodził, że jako wykonawca korzystający z wiedzy i doświadczenia podmiotów z tej samej grupy kapitałowej winien otrzymać punktację z tytułu zamówień wykonanych przez te podmioty. Odwołujący przywoływał treść Ogłoszenia o zamówieniu Sekcja VI.3, gdzie Zamawiający określił zasady korzystania z cudzych zasobów, przy czym, jak wskazywał Odwołujący, nie wyłączył tam możliwości uzyskania punktacji za doświadczenie udostępnione przez podmiot z tej samej grupy kapitałowej.

Izba nie podziela poglądu, że Zamawiający poprzez przyznawanie punktacji tylko za doświadczenie własne zmienił zasady punktacji wynikające z Ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z cytowaną przez Odwołującego treścią Ogłoszenia o zamówieniu w Sekcji VI.3 "Informacje dodatkowe" w pkt 1 Zamawiający dookreślił wiążące wykonawców zasady korzystania z udostępnionych zasobów. W odniesieniu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia dodatkowo zastrzegł, że wykonawca winien udowodnić, iż podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia oraz nie podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienia publiczne, przedstawiając wymagane

dokumenty. Zamawiający wymagał także udziału podmiotów trzecich udostępniających wiedzę doświadczenie w negocjacjach. Literalna treść powyższego postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający w ogóle nie odniósł się w nim bezpośrednio do zasad obowiązujących w procedurze prekwalfikacji, w tym nie określił podstaw przyznawania punktacji, lecz jedynie wskazał na zasady realizacji uprawnienia przewidzianego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż było to jedno z dwóch postanowień Ogłoszenia odnoszących się do zasad udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przy czym to zawarte w Sekcji III.2.2) Ogłoszenia o zamówieniu odnosił

171

się do udostępnienia zdolności finansowej. Zamawiający nie zawarł odrębnej regulacji w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu "Kwalifikacje techniczne", w której opisywał sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Regulację zawartą w Sekcji VI.3 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu należy zatem uznać za uogólnienie przewidzianych przez Zamawiającego zasad umożliwiających skuteczne skorzystanie z wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o art. 26 ust.2b ustawy Pzp. Tym samym podnoszona przez Odwołującego okoliczność (oparta na treści sekcji VI.3 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu), że w treści Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający nie zastrzegł, iż udostępnione przez spółkę z własnej grupy kapitałowej referencje nie będą uwzględniane przy ocenie ilości zdobytych punktów, a Odwołujący nie miał żadnych podstaw by przyjmować, iż już po terminie składania wniosków Zamawiający w sposób nieuprawniony zmieni treść Ogłoszenia o zamówieniu, stanowi nadinterpretację wzmiankowanego postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący pomija bowiem okoliczność, iż zasady prekwalfikacji określone zostały w Sekcji VI "Informacje dodatkowe" pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu, gdzie Zamawiający ustalił warunki punktowania zamówień na potrzeby tworzenia rankingu.

Sekcja VI.3. pkt 2):

„Do udziału w postępowaniu zostanie zaproszonych nie więcej niż 5 (pięciu) Wykonawców, którzy spełnią wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

Jeżeli liczba Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5 (pięć), to do udziału w postępowaniu zostanie zaproszonych 5 (pięciu) Wykonawców, którzy uzyskają najwyższe oceny za spełnienie warunku zdolności technicznej określonej w Sekcji III.2.3. niniejszego Ogłoszenia, tj.:

— za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2)3 pkt 1 ppkt a) - 2 (dwa)punkty, jednak nie więcej niż 20 punktów,

— za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2)3 pkt 2 ppkt a) -1 (jeden) punkt, jednak nie więcej niż 10 punktów,

— za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2)3 pkt 2 ppkt b) -1 (jeden) punkt, jednak nie więcej niż 10 punktów.

W przypadku wskazania jednego obiektu referencyjnego spełniającego łącznie wymagania określone w sekcji III.2)3 pkt 1 ppkt a) oraz 2 ppkt a) Wykonawcy zostaną przyznane 2 (dwa) punkty.

172

Jeżeli liczba Wykonawców, którzy otrzymali punkty wg powyższej zasady nie pozwoli wyłonić spośród nich 5 (pięciu) Wykonawców, to Zamawiający ustali kolejność na liście rankingowej w ten sposób, że o pozycji na tej liście zdecyduje większa suma mocy elektrycznej bloków i turbin. W przypadku, gdy po dokonanej kwalifikacji, na ostatnim (piątym) miejscu kwalifikującym Wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu znajdzie się więcej niż 1 (jeden) Wykonawca, Zamawiający zakwalifikuje do udziału w postępowaniu wszystkich Wykonawców, którzy znajdą się na tym miejscu”.

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż i tu okoliczność, w jaki sposób i czy w ogóle punktowane będą wiedza i doświadczenie udostępnione w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp nie zostało przez Zamawiającego wskazane. Nie sposób zatem uznać, aby Zamawiający dokonał zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu. W istocie bowiem Zamawiający, który w treści Ogłoszenia o zamówieniu nie podał zasad punktacji doświadczenia udostępnionego, w procedurze oceny wniosków dokonał określonej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i w oparciu o tę wykładnię dokonał oceny wniosków, uznając, iż z zasobów podmiotów trzecich udostępnionych w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp korzystać można wyłącznie na potrzeby

wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych następnie do złożenia ofert wstępnych, co skutkowało odmową przyznania punktacji na potrzeby tworzenia rankingu za referencje udostępnione przez podmioty trzecie, niezależnie od tego, jaki podmiot referencje (wiedzę i doświadczenie) udostępniał. Wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu, która w ogóle nie odnosi się bezpośrednio do zagadnienia punktacji doświadczenia udostępnionego na potrzeby tworzenia rankingu, nie sposób uznać za wykazane, że Zamawiający innymi zasadami kierował się, tworząc Ogłoszenie o zamówieniu (tj. dopuszczał punktację doświadczenia udostępnionego), a innymi, oceniając wnioski (tj. pominął punktację doświadczenia udostępnionego). W oparciu o postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu takiej wadliwości działań Zamawiającego nie sposób przyjąć za udowodnioną. W istocie spór sprowadza się zatem do dopuszczalności uznania przez Zamawiającego, iż z zasobów podmiotów trzecich udostępnionych w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp korzystać można wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych następnie do złożenia ofert wstępnych, bo taka wykładnia została uznana przez Zamawiającego za regułę w tym Postępowaniu.

Oceniając zatem czynność oceny dokonaną przez Zamawiającego, Izba uznała, iż powyższe stanowisko Zamawiającego uznać należy za słuszne. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację Zamawiającego prezentowaną w odpowiedzi na odwołanie. Zgodnie

173

z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji 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 wykonywaniu zamówienia. Tym samym art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu, gdzie dwukrotnie akcentuje się niezbędny charakter udostępnianych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W ocenie Izby zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia, jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia, a o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Znaczenie normatywne regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stanowiącej wyjątek od reguły wykazania przez samego wykonawcę potencjału i zdolności w zakresie wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym, sprowadza się zatem do stwierdzenia, że wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego (opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu) zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, gdy sam bezpośrednio nie dysponuje takimi zasobami. Brak posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego uniemożliwia bowiem takiemu wykonawcy samodzielne uczestnictwo w postępowaniu. Niezbędny charakter zasobów udostępnianych wyznacza zarazem granicę zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zatem należy przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert. W ocenie Izby stopień spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma znaczenie wyłącznie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert wstępnych przez wykonawców, którzy wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym (w oparciu o zasoby własne lub udostępnione w niezbędnym zakresie przez podmioty trzecie) i nie mieści się w hipotezie tego przepisu. Stanowisko takie zajęła np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 listopada 2010 r.,

174

sygn. akt: KIO 2287/10, sygn. akt KIO 2307/10: „zgodnie z art. 26 ust. 2b zd. 2 p.z.p. podmiot trzeci udostępnia wyłącznie zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Jednocześnie o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Stopień spełnienia warunków ma znaczenie wyłącznie dla uzyskania zaproszenie do składania ofert. W konsekwencji potencjał podmiotu trzeciego stanowić winien wyłącznie *conditio sine qua non* wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na poziomie wskazanym przez zamawiającego zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6) p.z.p. Jakość spełnienia tego warunku, ocena skutkująca miejscem w rankingu wykracza poza ramy art. 26 ust. 2b p.z.p.” Warto wskazać, iż powyższy wyrok został zaskarżony do Sądu Okręgowego w Warszawie, który wyrokiem z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10, skargę oddalił i stwierdził w uzasadnieniu, że: „należy w całości podzielić argumentację zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia.” Do analogicznych wniosków Izba doszła również w wyroku z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO/ 2255/11, KIO/ 2260/11, KIO/ 2283/11, gdzie Izba uznała, że niedopuszczalne jest posługiwanie się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego z wykorzystaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp tylko po to, by uzyskać korzystniejszą pozycję w ramach oceny stopnia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla celów zakwalifikowania się do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.

Tym samym w ocenie Izby już wykładnia literalna przepisu wskazuje na zakres jego zastosowania. Do powyższego wniosku skłania także wykładnia celowościowa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jak podnoszono w pismach i na rozprawie celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Postanowienia te dopuszczają poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełnienia warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Taki cel przepisu, wprowadzonego nowelizacją ustawy (ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. z 2009 Nr 206 poz. 1591), wynika również z uzasadnienia do ww. nowelizacji ustawy Pzp. Tym samym celem ustawodawcy było umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a taka niemożliwość w ogóle eliminowałaby wykonawców z uczestnictwa w postępowaniu. Jednakże przyjęcie założenia, iż zastosowanie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykracza poza minimalny zakres warunków udziału

175

w postępowaniu i dopuszczenie możliwości „użyczania” zasobów przez wykonawców jedynie dla podwyższenia punktacji i wyeliminowania konkurencji, mogłoby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie, sprzyałoby to zjawisku premiowania wykonawców nie tyle posiadających najlepsze doświadczenie, co potrafiących pozyskać z rynku największą liczbę udostępnianych zasobów i tworzeniu konkurencji pozornej. W ocenie Izby prowadziłoby to także do sprzeczności z istotą postępowania dwuetapowego, którego celem jest wyłonienie wykonawcy w największym stopniu spełniającego oczekiwania zamawiającego. Skutkować może bowiem tym, że wykonawcy posiłkujący się wyłącznie doświadczeniem innych podmiotów uzyskują najlepszą punktację, zaś wykonawcy posiadający własne doświadczenie nie uzyskują zaproszenia do składania ofert. W ocenie Izby nie sposób uznać, iż wykonawca, który w ogóle nie posiada własnego doświadczenia, daje lepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia niż wykonawca posiadający jedynie doświadczenie własne, który nie posiłkuje się doświadczeniem udostępnionym dla podwyższenia punktacji. Mogłoby to prowadzić także do sytuacji niejako wymuszania na podmiotach dysponujących doświadczeniem własnym pomijania tego doświadczenia i posiłkowania się doświadczeniem cudzym, bo tylko w ten sposób istniałaby realna możliwość zakwalifikowania się do dalszego etapu postępowania.

W ocenie Izby także wykładnia systematyczna przemawia za przyjęciem powyższego stanowiska. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje się bowiem w Rozdziale I Działu II ustawy

Pzp, tj. w tym samym Rozdziale, co przepisy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z wykładni systematycznej wysnuć można zatem zasadny wniosek, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie do warunków udziału w postępowaniu, tj. minimalnych wymogów, jakie musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast nie ma zastosowania do przewidzianych w art. 57 ust. 1-3 ustawy Pzp ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11: „Niewątpliwym jest, iż art. 26 ust. 2b ustawy Pzp daje wykonawcy możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu także poprzez poleganie „na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków (...)”. Celem tego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, który dopuszcza poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach

176

innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Przepis ten wprowadzono bowiem jako szczególną regulację umożliwiającą wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu – i z tą sytuacją samodzielnego niespełnienia warunku powiązaną - ubieganie się o zamówienie, jeśli w sposób opisany w tym przepisie udowodni, że odpowiednimi zasobami w momencie realizacji zamówienia będzie dysponował jak własnymi. Skorzystanie z potencjału podmiotów trzecich jest więc możliwe wyłącznie w ściśle określonym celu, a mianowicie dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

W ocenie Izby także przywoływane postanowienia dyrektywy nie rozszerzają zakresu powołania się na zasoby podmiotów trzecich poza wymogi minimalne, warunkujące brak wykluczenia. W zakresie kwalifikacji technicznych lub / i zawodowych wykonawcy, zgodnie z regulacją zawartą w art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej, wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Podobnie przedmiotową kwestię reguluje dyrektywa sektorowa, która w art. 53 ust. 5 wskazuje, że jeżeli kryteria kwalifikacji obejmują wymogi odnoszące się do możliwości technicznych lub zawodowych wykonawcy, wówczas w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju istniejących pomiędzy nimi powiązań prawnych. Wykonawca musi udowodnić, że będzie dysponował wspomnianymi zasobami przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając w tym celu np. zobowiązanie podmiotów trzecich do udostępnienia wspomnianych zasobów. Okoliczność, że dyrektywa sektorowa nie posługuje się użytym w dyrektywie klasycznej pojęciem „niezbędnych zasobów” nie oznacza, iż zamysłem prawodawcy było odmienne uregulowanie tej kwestii w zamówieniach sektorowych. W ocenie Izby brak tego określenia nie wyznacza dla zamówień sektorowych odrębnej linii orzeczniczej, gdyż brak rzeczowego uzasadnienia dla takiego stanowiska. Także polski ustawodawca implementując dyrektywę, nie ustanowił w tym zakresie odrębnych reguł dla zamówień sektorowych. Brak jest zatem przekonujących argumentów, że wykładnia prounijna winna skłaniać do przyjęcia szerokiej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ustawodawca unijny także dopuszczalność odwołania się do zasobów podmiotów trzecich ustanowił nie jako regułę, lecz możliwość z której można skorzystać w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia i tylko w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia.

177

Co do podnoszonych w odwołaniu okoliczności, iż Zamawiający w treści Ogłoszenia o zamówieniu nie ograniczył w żadnym stopniu możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich (w tym należących do grupy kapitałowej), co skutkuje tym, iż na etapie oceny wniosków nie jest już uprawniony do dokonywania ograniczeń w tym zakresie,

stwierdzić należy, co następuje. Zdaniem Izby okoliczność, czy Zamawiający zawarł taki opis w treści Ogłoszenia o zamówieniu, nie może mieć waloru przesądzającego o zasadach, wedle których dokonuje on następnie oceny wniosków. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie ma charakteru dyspozytywnego i zakres jego zastosowania nie zależy od decyzji Zamawiającego ujawnionej w treści ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym niewskazanie w treści Ogłoszenia o zamówieniu, iż na potrzeby punktacji Zamawiający uwzględniać będzie wyłącznie doświadczenie własne, nie skutkuje niedopuszczalnością takiej oceny przez Zamawiającego, skoro znajduje ona bezpośrednie oparcie w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Izba nie podziela poglądu, iż z treści tego przepisu wyprowadzić należy zasadę odwrotną (bo do tego w istocie zmierza argumentacja Odwołującego), tj. możliwość powoływania się na udostępnione zasoby podmiotów trzecich także na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów w rankingu, która to zasada mogłaby doznać ograniczenia poprzez odpowiednie zastrzeżenie zawarte w Ogłoszeniu o zamówieniu. Pozostaje on bowiem sprzeczny z wykładnią literalną, systematyczną i celowościową art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby jego wniosek, w ramach którego wskazał, iż korzystał będzie z zasobów udostępnionych w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez podmioty z jego grupy kapitałowej, a zarazem udostępnienie miało miejsce tylko na rzecz Odwołującego, zatem wykonawca nie bierze udziału w „handlu referencjami”, jak również że w ramach grupy istnieje ścisła współpraca, która pozwala na uznanie, iż podmioty wchodzące w jej skład mogą systemowo korzystać z doświadczenia innych spółek z grupy, winien podlegać odmiennej ocenie niż inne wnioski, gdzie wskazano na skorzystanie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dla uzyskania dodatkowej punktacji. Pomija on bowiem rzeczywistą treść złożonego wniosku, w oparciu o którą Zamawiający dokonywał oceny. Należy bowiem podkreślić, iż Odwołujący we wniosku zawarł zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia o treści wymaganej przez Zamawiającego, dołączył wymagane dokumenty, ale nie przedstawił żadnych dodatkowych dowodów, które świadczyłyby o konieczności odmiennej oceny jego wniosku. Zamawiający nie wskazał w treści Ogłoszenia o zamówieniu, iż podmioty funkcjonujące w grupie kapitałowej oceniane będą na innych zasadach niż pozostałe podmioty korzystające z udostępnionego doświadczenia. Podstaw dla takiej odmiennej oceny nie daje także ani art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ani postanowienia dyrektyw europejskich czy orzecznictwa, gdzie jednoznacznie

178

wskazuje się, iż rodzaj istniejących powiązań nie determinuje możliwości skorzystania z udostępnionych zasobów, ale wykonawcę korzystającego dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z zasobów podmiotów trzecich obciąża dowód wykazania, iż istotnie tymi zasobami dysponuje na potrzeby realizacji zamówienia. Przykładowo w orzeczeniu 389/92 *Ballast* z dnia 14 kwietnia 1994 roku stwierdzono:

„(...) 15. A zatem przedsiębiorstwo holdingowe, które samo nie wykonuje robót nie może zostać wykluczone z procedur ubiegania się o zamówienia publiczne, tylko dlatego, iż przedsiębiorstwa zależne wykonujące roboty są oddzielnymi osobami prawnymi”.

„16. Jednakże zgodnie z art. 20 Dyrektywy 71/305, zadaniem zamawiającego jest sprawdzić czy oferty spełniają odpowiednie kryteria sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i możliwości technicznych, o których mowa w art. 25 do 26 tej dyrektywy”.

„17. Przedstawiając zaświadczenia o przedsiębiorstwach zależnych, przedsiębiorstwo holdingowe, w celu udowodnienia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i możliwości technicznych, aby zostać zarejestrowanym na urzędowej liście uznanych wykonawców, musi, niezależnie od tego w jakim stosunku prawnym pozostaje wobec przedsiębiorstw zależnych, udokumentować, iż faktycznie rozporządza zasobami tych firm niezbędnymi do wykonania robót. Po rozpatrzeniu wszelkich faktycznych i prawnych okoliczności, do sądu krajowego należy ocena czy taki dowód został przedstawiony w procesie głównym.” (podkreślenie Izby).

W wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. (C-126/03) ustalono, iż w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia (podkreślenie Izby) (*Informator UZP 11/2011*).

Tym samym brak jest podstaw dla uznania, iż samo funkcjonowanie w ramach grupy kapitałowej i wykazywanie doświadczenia udostępnionego przez podmioty z grupy kapitałowej winno skutkować odmienną oceną wniosku Odwołującego. Brak jest także podstaw, aby takie udostępnienie w szczególny sposób premiować, odróżniając od innych form udostępnienia, a także aby pomijać udostępnienie oparte o inne relacje prawne pomiędzy podmiotami, które do tej samej grupy kapitałowej nie należą.

179

Odwołujący sam przyznał, iż korzysta z doświadczenia podmiotów z grupy jak z własnego, ale jednak w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Pytany o to w toku postępowania odwoławczego nie twierdził stanowczo, iż ze względu na te szczególne więzi w ramach Grupy Alstom, Odwołującego i podmioty udostępniające zasoby należy traktować właściwie jak wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – quasi-konsorcjum. Nadal było to więc udostępnienie w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż Odwołujący nie był w swoim stanowisku konsekwentny, ponieważ w piśmie z 5 czerwca 2012 r. argumentował, iż: „Gdyby Zamawiający dokonał należytej oceny wniosków, wówczas uwzględniłby wiedzę i doświadczenie Grupy Alstom, jako własne doświadczenie Odwołującego i przyznałby Odwołującemu 30 pkt. za przedłożenie dodatkowych projektów dla wykazania warunku nr 1 i nr 2.” Trzeba jednak podkreślić, że gdyby Zamawiający istotnie uznał powyższe projekty za doświadczenie własne Odwołującego, to postąpiłby wbrew literalnej zawartości wniosku, gdzie na str. 40-48 przedstawiono zobowiązania do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zakresie wiedzy i doświadczenia, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowej wraz ze zobowiązaniem do uczestnictwa w realizacji kontraktu jako podwykonawca. Odwołujący nie wskazał żadnych przekonujących argumentów, które przemawiałyby za koniecznością odmiennej oceny jego wniosku niż ta, która wynikała z treści dokumentów złożonych wraz z wnioskiem. Jak było to wskazane, przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp nie stwarza dla grup kapitałowych żadnych szczególnych warunków, choć z pewnością ułatwia wykazanie realnego udostępnienia zasobów, co z kolei w ogóle warunkuje dopuszczalność skorzystania z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ponadto zdaniem Izby automatyzm, który zaproponował Odwołujący tj. przyznawanie punktacji za wiedzę i doświadczenie w grupie kapitałowej i odmawianie takiej punktacji podmiotom, które korzystają z doświadczenia udostępnionego przez podmiot spoza grupy, nie ma oparcia ani w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ani regulacjach europejskich. Dodatkowo stanowisko Odwołującego można uznać za niekonsekwentne i obarczone pewnym błędem logicznym, bo skoro odmawia innym podmiotom przyznania punktacji z tytułu udostępnionego im doświadczenia, gdyż jest to doświadczenie podmiotu spoza grupy kapitałowej lub też doświadczenie to udostępniane jest przez podmiot, który udostępnia doświadczenie także innym wykonawcom oraz sam bierze udział w Postępowaniu, to jednocześnie Zamawiający nie ma podstaw dla kwalifikowania takiego doświadczenia jako potwierdzającego spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Wykonawcy podlegać zatem winni wykluczeniu, a takiego skutku Odwołujący nie przewiduje. Uznaje skuteczność powołania się na doświadczenie udostępnione niezależnie od tego, kto je udostępnia dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, ale nie uznaje prawa do uzyskania za nie punktacji. W istocie Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia, czy

180

odmowa punktacji opiera się na braku realności tak udostępnionego doświadczenia, czy też stanowić ma formę konsekwencji za niekonkurencyjne zachowania wykonawców kwalifikowane jako „handel referencjami”. Jeżeli uzasadnieniem braku punktacji miałyby być nieudowodnienie możliwości dysponowania tymi zasobami, to taki wykonawca, jak było to wskazane powyżej, winien podlegać wykluczeniu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a takiego skutku Odwołujący nie przewiduje. Jeżeli natomiast byłaby to forma represji za zachowania niekonkurencyjne, to należy podkreślić, iż w przepisach brak jest podstaw dla takiej czynności Zamawiającego. Gdyby zatem Zamawiający uznał, iż punktuje również doświadczenie udostępnione, a następnie stwierdziłby prawidłowość i realność udostępnienia, to sam fakt korzystania z doświadczenia udostępnionego przez podmiot spoza grupy kapitałowej (a który równocześnie udostępnia doświadczenie innym podmiotom oraz sam występuje w Postępowaniu), nie mógłby w

żadnym razie skutkować pozbawieniem punktacji. Nie może być bowiem tak, że to samo doświadczenie byłoby wystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale równocześnie nie kwalifikowałoby się dla uzyskania punktacji. Jest to rozwiązanie, które należy ocenić jako obarczone błędem logicznym i pozbawione podstaw prawnych. Ponadto Odwołujący, tworząc i uzasadniając własny ranking, pomija okoliczność, że Zamawiający przyznawał punktację także za spełnienie warunków minimalnych. Tym samym w świetle stanowiska Odwołującego ten sam podmiot uznawany byłby za spełniający warunki udziału w Postępowaniu w oparciu o wiedzę i doświadczenie udostępnione niezależnie od powiązań istniejących pomiędzy udostępniającym a korzystającym z udostępnienia (także spoza grupy kapitałowej), a zatem kwalifikowałby się do otrzymania punktacji za tak wykazane doświadczenie, a równocześnie nie otrzymywałby punktacji za udostępnione doświadczenie tego samego podmiotu tylko dlatego, że nie korzysta z doświadczenia w ramach grupy. Względnie byłby uznany za spełniającego warunki udziału w postępowaniu, ale nie otrzymałby punktacji nawet za zamówienia uznane za potwierdzające warunki minimalne. Jak było to wskazane powyżej, stanowisko takie obarczone jest błędem logicznym oraz jest nie do pogodzenia nie tylko z art. 26 ust. 2b, ale także art. 7 ust. 1 ani postanowieniami dyrektyw i orzecznictwa europejskiego. Istotnie stany faktyczne orzeczeń dotyczyły grup kapitałowych, ale nie oznacza to, że w świetle tego orzecznictwa grupom kapitałowym przydano szczególne uprawnienia w posilkowaniu się cudzymi zasobami. Grupy kapitałowe obciąża taki sam obowiązek dowodowy jak podmioty bez jakiegokolwiek powiązania kapitałowego.

Tym samym wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w konsekwencji należy przyjąć, iż nie doszło do naruszenia art. 5 kodeksu

181

cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do czynienia z prawa do badania i oceny wniosków użytku sprzecznego z zasadami współzycia społecznego i społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, a tym samym uprawniony jest do arbitralnego stosowania linii orzeczniczej przy wykładni norm ustawy Pzp. Zamawiający zastosował bowiem wykładnię, która jest zgodna z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Okoliczność, iż taka wykładnia znajduje poparcie w orzecznictwie KIO nie może stanowić okoliczności obciążającej Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dołożenia należytej staranności, aby eliminować z Postępowania zachowania uczestników Postępowania, utrudniających uczciwą konkurencję, w istocie nie został przez Odwołującego odrębnie uzasadniony. Odwołanie dotyczy bowiem co do zasady błędnej oceny wniosku Odwołującego, z powołaniem się na okoliczność, iż w niniejszym Postępowaniu nie bierze udziału w „jak to określił, „kupczeniu referencjami ani w tzw. spółdzielniach”. Odwołujący nie konkretyzuje jednak zarzutu w stosunku do innych uczestników Postępowania, ograniczając się do oceny własnego statusu. Nie konkretyzuje także swojego żądania w tym zakresie, bo nie sposób uznać za precyzyjne i egzekwowalne żądanie „zaprzestania dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz zezwalania innym wykonawcom na naruszanie tych zasad”. Z pisma z 5 czerwca 2012 r. wynika brak punktacji dla podmiotów korzystających z zasobów udostępnionych przez podmioty, które nie należą do grupy kapitałowej. Jak było to wskazane powyżej, nie jest jasne czy brak punktacji opiera Odwołujący tylko na braku przynależności do grupy kapitałowej podmiotu udostępniającego doświadczenie i korzystającego z tego doświadczenia, czy w świetle stanowiska prezentowanego w odwołaniu jako zachowania naganne, które winny skutkować nieprzyznaniem punktów, uznaje się korzystanie z zasobów udostępnionych przez podmioty, które nie należą do grupy kapitałowej oraz udostępniły zasoby innym podmiotom w ramach postępowania, a które równocześnie same złożyły wnioski. Znamienne jest jednak, iż w rankingu stworzonym przez Odwołującego jedynie podmioty korzystające z udostępnionych zasobów (spoza grupy kapitałowej) nie otrzymują punktacji, natomiast punktacji nie odmawia się podmiotom, które zasoby udostępniają, a równocześnie same złożyły wnioski w Postępowaniu. Powyższe wskazuje na pewien brak konsekwencji Odwołującego w swoim stanowisku i prezentowanej argumentacji odnośnie obowiązku Zamawiającego eliminowania zachowań naruszających uczciwą konkurencję polegających na „handlu referencjami”. Odwołujący zarzucał w odwołaniu „uwzględnienie za

wykonawcom (kupczenie referencjami), zaś uznanie że realne i naturalne posłużenie się referencjami pochodzącymi z grupy kapitałowej legalne nie jest". Skoro zatem udostępnianie referencji w Postępowaniu większej liczbie podmiotów Odwołujący postrzegał jako zachowanie nieprawidłowe z punktu widzenia zachowania uczciwej konkurencji, wątpliwości budzić może stanowisko, iż tylko podmioty korzystające w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z udostępnionych tak referencji objęte miałyby być konsekwencjami w postaci braku punktacji. Ponadto taka konsekwencja nie ma oparcia w przepisach prawa, a i sam Odwołujący nie przytacza żadnych regulacji, które na powyższe by zezwalały. Zamawiający musiałby uznać, iż w istocie wykonawca nie wykazał, iż będzie mógł dysponować zasobami, co z kolei w sytuacji korzystania wyłącznie z zasobów cudzych, musiałoby wiązać się z wykluczeniem z Postępowania. Takiego skutku Odwołujący jednak nie przewidział. Zmieniennym jest również, że ranking podmiotów kwalifikujących się do dalszego etapu Postępowania ustalony przez Zamawiającego i Odwołującego różni się tylko tym, że zamiast Konsorcjum Abener w rankingu tym występuje Odwołujący. Pozostałe podmioty zakwalifikowane przez Zamawiającego znalazły się w grupie 5 wykonawców ustalonej przez Odwołującego.

Uwzględniając powyższe, nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie kwalifikuje się do pierwszej piątki wykonawców, którzy uzyskali największą ilość punktów w rankingu wniosków. Zdaniem Izby czynność oceny wniosku Odwołującego w zakresie przez niego kwestionowanym jest prawidłowa. Zamawiający nie punktował doświadczenia udostępnionego, co Izba uznaje za prawidłowe i zgodne z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a Odwołujący nie posiadał żadnego doświadczenia własnego, przy czym jako doświadczenie własne wykonawcy kwalifikować należy tylko doświadczenie wykonawcy lub wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie przewidział też szczególnych zasad dla grup kapitałowych, w tym nie uznawał, że jest to doświadczenie własne wykonawcy, toteż stosowanie takich preferencji na etapie oceny wniosków stanowiłoby naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący Konsorcjum Abener poprzez niezasadne dopuszczenie go do Postępowania, pomimo że wynik badania i oceny wniosku wskazuje, że Konsorcjum Abener nie powinno być zakwalifikowane do pierwszej piątki wykonawców, nie został przez Odwołującego uzasadniony. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba orzeka wyłącznie o zarzutach, które były przedmiotem odwołania. Za zarzut należy uznać nie samo przywołanie przepisu, który został naruszony, lecz także jego uzasadnienie faktyczne, którego w tym przypadku zabrakło. Sanacji dla tego braku nie może stanowić pismo procesowe z 5 czerwca

2012 r. odnoszące się w swojej istocie, jak w nim wskazano, jedynie do kwestii interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia jako przesłanki wniesienia odwołania określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym zawarta tam argumentacja Odwołującego odnośnie wadliwości wniosku Konsorcjum Abener nie może zostać uwzględniona.

Biorąc pod uwagę powyższe na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

KIO 1034/12

Izba uznała, iż odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczone od niego wpisy, nie stwierdzono podstaw do odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący spełnia przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym Ogłoszenie o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w szczególności wniosek złożony przez Odwołującego oraz Konsorcjum Abener, raport Doradcy

Technicznego dla Komisji Przetargowej przy PGE GiEK dotyczący oceny wniosków złożonych przez wykonawców w postępowaniu „Budowa nowego bloku gazowo-parowego w PGE GiEK SA Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz” , badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, opinię sporządzoną przez p. Dariusza Kobę z Centrum Zamówień Publicznych sp. z o.o., odwołanie, zgłoszenia przystąpień, pismo Odwołującego z 13 czerwca 2012 r., pismo Przystępującego Konsorcjum MCE-Babcock-BHR z dnia 6 czerwca 2012 r., odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z 6 czerwca 2012 r., pismo Przystępującego Konsorcjum Abener z 6 czerwca 2012 r.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie uznał zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny wniosku Konsorcjum Abener, jednak w toku postępowania odwoławczego wycofał się z dokonanego uwzględnienia, uznając, iż stanowisko przedstawione przez Konsorcjum Abener w wystarczającym zakresie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas i Konsorcjum Abener oraz po stronie Odwołującego: Konsorcjum MCE-Babcock-BHR i Mostostal Warszawa S.A., z 184

uwagi na spełnienie warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp Izba oddaliła opozycję Odwołującego przeciw zgłoszeniu przystąpienia Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas po stronie Zamawiającego, gdyż nie uprawdopodobnił, że wykonawca zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Izba wskazuje, iż wykonawca może przystąpić do postępowania odwoławczego w zakresie tylko części zarzutów (mieć interes w takim przystąpieniu), nie może jedynie równocześnie przystąpić częściowo po obu stronach. Izba nie uznała skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo z uwagi na wniesienie przystąpienia z naruszeniem 3-dniowego ustawowego terminu na dokonanie tej czynności liczonego od otrzymania kopii odwołania. Zgodnie z okazanym przez Zamawiającego dowodem w postaci korespondencji elektronicznej kopia odwołania została przekazana wykonawcom w dniu 21 maja 2012 r. Tym samym zgłoszenie przystąpienia należało wnieść do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do 24 maja 2012 r. Zgłoszenie przystąpienia Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2012 r., zatem po upływie przepisanej terminu i jako takie nie może odnieść skutku prawnego.

Zdaniem Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu wadliwej interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i uznania, że przepis ten nie dopuszcza posłużenia się przez Odwołującego zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie na zasadach w nim określonych w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku, gdy miałyby to skutkować uzyskaniem wyższej punktacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zwiększeniu szans wykonawcy w uzyskaniu zaproszenia do złożenia oferty oraz zarzutu zastosowania do oceny wniosku kryteriów punktacji innych niż określone w Ogłoszeniu o zamówieniu, Izba uznała je za bezzasadne.

Izba podtrzymuje argumentację co do zakresu zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wyłącznie na potrzeby spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu oraz wykładni postanowień Ogłoszenia o zamówieniu szczegółowo przedstawioną w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1010/12. Znajduje ona pełne zastosowanie w każdym przypadku udostępnienia doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, niezależnie od charakteru powiązań pomiędzy podmiotem udostępniającym oraz wykonawcą, który korzysta z udostępnionych referencji. Ponadto w przedmiotowym zakresie zachodzi także zbieżność argumentacji z uzasadnieniem rozstrzygnięcia w sprawie odwołania o sygn. akt KIO 1010/12,

185

gdyż Odwołujący korzystał zarówno z doświadczenia udostępnionego w ramach grupy kapitałowej (SNC Lavalin Constructors Inc.), jak i przez podmioty z nim w żaden sposób kapitałowo nie powiązane. W odniesieniu do przywoływanego orzecznictwa Krajowej Izby

Odwoławczej potwierdzającego stanowisko Odwołującego stwierdzić należy, iż jest faktem powszechnie znanym, iż w spornym zakresie ukształtowały się dwie konkurencyjne linie orzecznicze, które w odmienny sposób interpretują zakres zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w postępowaniach dwuetapowych, tj. w zakresie uzyskania punktacji na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych do dalszego etapu postępowania. Skład orzekający w niniejszej sprawie nie podziela argumentacji i stanowiska reprezentowanego w przywoływanych przez Odwołującego orzeczeniach, uznając, iż art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje zastosowanie wyłącznie na potrzeby wykazania warunków minimalnych w celu zapobieżenia wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Nie sposób uznać, iż jest to stanowisko odosobnione choćby z uwagi na orzecznictwo powoływane przez Zamawiającego (także np. wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1201/12). Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, w tym zawartej w piśmie z 13 czerwca 2012 r., iż w innych postępowaniach Zamawiający, wbrew swoim twierdzeniom, przyjął, że referencje udostępnione mogą wpływać na punktację, różnicując punktację za referencje własne i udostępnione (czego Zamawiający nie kwestionował), stwierdzić należy, iż odnoszenie wymogów dotyczących określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do innych, choćby prowadzonych równolegle, nie znajduje uzasadnienia. Zasady udziału w postępowaniu i prekwalfikacji określone są odrębnie w każdym przypadku i tylko przez pryzmat zapisów konkretnego ogłoszenia o zamówieniu mogą być rozpatrywane. Ponadto jak wynika ze stanowiska Odwołującego, Zamawiający w postępowaniach, na które Odwołujący się powoływał, podał w zasadach prekwalfikacji, iż punktowane będzie zarówno doświadczenie własne, jak i cudze. W przedmiotowym Ogłoszeniu o zamówieniu takiego dookreślenia nie zawarł, a z samego faktu, że w innych postępowaniach dopuścił także punktowanie doświadczenia cudzego, choć przydawał mu niższą wagę, nie sposób wnosić, iż w niniejszym Postępowaniu dopuścił na równych zasadach punktacji doświadczenie własne i udostępnione. Brak jest bowiem przekonującej argumentacji dla tezy, iż niezamieszczenie stosownej i jednoznacznej regulacji co do punktowania wyłącznie doświadczenia własnego jest tożsame z uznaniem, iż punktacji podlega doświadczenie własne i udostępnione na takich samych zasadach. Ja wskazywał Zamawiający, a Izba stanowisko to podziela, zasada wynikająca z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest odmienna. Tym samym równie uprawnione jest stanowisko, że skoro Zamawiający w Sekcji VI.3 pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu nie dopuścił możliwości punktacji doświadczenia cudzego (a tak jednoznacznie uczynił w powoływanych postępowaniach) i nie określił zasad jego punktacji (jak w powoływanych postępowaniach), to

186

jego celem i zamiarem było punktowanie wyłącznie doświadczenia własnego, tak jak to wynika z zakresu zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający wyjaśniał, iż we wzmiankowanych postępowaniach dopuścił punktację referencji udostępnionych z uwagi na bardzo ograniczony krąg oferentów, w celu zwiększenia dostępności zamówienia i zapewnienia sobie szerszego wachlarza ofert. Jak podnosił, z analogiczną sytuacją nie miał do czynienia w niniejszym postępowaniu, gdzie krąg podmiotów posiadających stosowne doświadczenie nie wymagał takich zabiegów. Nie oceniając prawidłowości działań Zamawiającego, w ocenie Izby nie mogły one dać wykonawcom przekonania, iż zasadą przyjmowaną przez Zamawiającego jest punktowanie doświadczenia udostępnionego na potrzeby prekwalfikacji na takich samych zasadach jak własnego (skoro nawet w powołanych postępowaniach, gdzie Zamawiający wyraźnie to uregulował, doświadczenie cudze było punktowane niżej). Wniosku takiego nie sposób także wysnuć z systematyki Sekcji VI.3, która swym zakresem zgodnie z tytułem zawiera „informacje dodatkowe”. Nie można zatem układu odrębnych postanowień w ramach tej Sekcji czynić podstawą wyводу o spójności intencji Zamawiającego. Tym samym to, że pkt 1 Sekcji VI.3 określał zasady powoływania się na art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a pkt 2 precyzował zasady punktacji na potrzeby prekwalfikacji, nie oznacza, iż pomiędzy tymi postanowieniami istnieje jakakolwiek logiczna zależność, w szczególności taka, że brak wyłączenia w pkt 2 punktacji doświadczenia cudzego w powiązaniu z dopuszczalnością powołania się na to doświadczenie w pkt 1 należy interpretować jako dopuszczenie doświadczenia udostępnionego na potrzeby prekwalfikacji na takich samych zasadach. W ocenie Izby jest to nadinterpretacja. Warto zauważyć, iż np. pkt 3 Sekcji VI.3 dotyczy kwestii udzielania odpowiedzi na pytania do Ogłoszenia, form porozumiewania się w Postępowaniu oraz formy wniosku. Tym samym za przekonującą uznać należy stanowisko Zamawiającego, iż w Sekcji VI.3 zamieścił te postanowienia, których nie zamieścił w innych częściach Ogłoszenia o zamówieniu. To, że Zamawiający nie miał

obowiązku powtarzania regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie oznacza, iż nie mógł tego uczynić, a ponadto w pkt 1 nie znalazło się powtórzenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, lecz Zamawiający w istotny sposób uszczegółowił wymagania związane z realizacją uprawnień wynikających z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Izba nie podziela stanowiska, iż Ogłoszenie o zamówieniu było niejasne czy też w świetle toczących się równolegle innych postępowań skierowanych do tego samego grona potencjalnie zainteresowanych wykonawców, mogło być interpretowane na różne sposoby, a zatem jego wykładnia nie może rodzić negatywnych dla wykonawców skutków. W ocenie Izby brak wskazania zasad punktacji doświadczenia własnego i udostępnionego jest tożsamy z przyjęciem, iż tylko doświadczenie własne jest punktowane zgodnie z zakresem wyznaczonym art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający tam, gdzie pomimo ograniczeń wynikających z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przewidział punktację

187

doświadczenia udostępnionego, a ustalenie to nie było przez wykonawców kwestionowane, wyraźnie to zaznaczał. Argumentem nie jest także liczba wykonawców, którzy posłużyli się cudzym doświadczeniem, biorąc pod uwagę fakt, że w znacznej części nie mieli oni doświadczenia własnego lub też posiadali doświadczenie własne, które mogłoby okazać się niewystarczające. Ponadto podmioty posługiwały się doświadczeniem i własnym i udostępnionym w różnych celach (np. nie posiadały doświadczenia własnego nawet na poziomie minimalnym w całym wymaganym przez Zamawiającego zakresie). Z liczby podmiotów korzystających z udostępnienia nie sposób zatem wnioskować o sposobie wykładni Ogłoszenia. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego co do wykładni wyroku KIO z dnia 9 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2359/10, którego tezy Zamawiający przyjmował za własne, a w opinii Odwołującego czynił to niekonsekwentnie. Zdaniem Izby wykładnia prezentowana przez Odwołującego nie ma oparcia w rzeczywistej treści tego wyroku, tj. nie poszerza zakresu uprawnień dla otrzymania punktacji wykonawców, którzy nie posiadają doświadczenia własnego, lecz posilkują się doświadczeniem podwykonawców. To, że Odwołujący mógł skorzystać z doświadczenia udostępnionego na potrzeby spełnienia warunków minimalnych w celu zapobieżenia wykluczeniu, na co zezwala art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie jest tożsame z przyjęciem, iż w każdym przypadku winien otrzymać za spełnienie warunków minimalnych punkty także gdy nie są to referencje własne. Czynność oceny, czy wykonawca spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu jest czynnością odrębną od przyznawania punktacji. Zamawiający nie może ograniczyć możliwości powołania się na art. 26 ust. 2b ustawy Pzp na potrzeby spełnienia warunków minimalnych, gdyż przepis mu tego wyraźnie zabrania. Tym samym wykonawca może spełnić warunki, posługując się doświadczeniem udostępnionym, jednak nie oznacza to konieczności przyznania mu za nie punktacji nawet gdy w zasadach prekwalifikacji przewidziano punktowanie doświadczenia wykazywanego na poziomie minimalnym. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie znajdzie w tym zakresie zastosowania, ponieważ sporządzanie rankingu wykracza poza zakres jego kognicji. Art. 57 ustawy Pzp służy innemu celowi niż regulacja zawarta w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten (art. 57 ustawy Pz) pozwala bowiem dokonać oceny w celu dopuszczalnego, przewidzianego treścią ogłoszenia zawężenia listy wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu na podstawie pewnego kryterium, którym będzie jeden lub więcej warunków udziału w postępowaniu, a w kształtowaniu którego ustawodawca pozostawił zamawiającemu pewną swobodę. Udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie legitymizuje tego doświadczenia, nie przydaje mu dodatkowej wagi, lecz zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu, w ogóle umożliwia posłużenie się tym doświadczeniem, także na potrzeby spełnienia warunków minimalnych. Stąd niezasadnym jest akcentowanie, iż dla tworzenia rankingu miałyby to mieć jakieś szczególnie istotne znaczenie. Ponadto przyjmując

188

rozumowanie Odwołującego, wszyscy wykonawcy, którzy spełnili minimalne wymogi Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia powinni otrzymać punktację za ich spełnienie, gdyż dla skutecznego skorzystania z udostępnienia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp podwykonawstwo było przez Zamawiającego wymagane. Ponadto wykonawcy nieposiadający własnego doświadczenia byłiby w sytuacji preferencyjnej w stosunku do wykonawców mających własne doświadczenie, jeżeli tylko podmiotem, z którego zasobów korzystali, byłby podmiot posiadający szerokie doświadczenie i wiele realizacji. Jak bowiem dowodził Odwołujący, wykonawca posiadający własne doświadczenie nie mógłby na

potrzeby dodatkowej punktacji skorzystać z doświadczenia udostępnionego. Mogłoby to zatem skutkować sytuacją, gdy wykonawca, który samodzielnie wykonał 5 realizacji, uznany zostanie za w mniejszym stopniu spełniającego wymogi Zamawiającego niż ten, kto posiłkuje się doświadczeniem podmiotu trzeciego, który wykonał 6 realizacji. Mogłoby również dojść do sytuacji, gdy wykonawca udostępniający zasoby, który także złożył wniosek w postępowaniu, otrzymałby w ostatecznym rachunku mniej punktów niż podmioty, którym zasoby udostępnił, o ile skorzystały one także z innych zasobów, a zamawiający uznał takie skorzystanie za skuteczne. Na taki skutek zwracał też uwagę Zamawiający. W odniesieniu do argumentacji, iż podmiot udostępniający zasoby SNC-Lavalin Constructors Inc. jako podmiot z grupy kapitałowej nie powinien być traktowany jako podmiot trzeci Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu do sprawy sygn. akt KIO 1010/12, wskazując, iż ani przepisy, ani treść wniosku Odwołującego nie pozwala na inną ocenę. Zgodnie z ustawą Pzp pojęcie wykonawcy nie obejmuje podmiotu udostępniającego zasoby, nawet jeżeli jest członkiem grupy kapitałowej, a powiązania w ramach grupy są bardzo ścisłe. To z jakich względów dany podmiot nie staje się członkiem konsorcjum, lecz jest jedynie podwykonawcą udostępniającym zasoby, za którego doświadczenie nie było możliwości uzyskania punktacji, pozostaje sferą decyzji wykonawcy co do formuły, w jakiej występuje w postępowaniu. Co do nieprawidłowości powołania w przedmiotowym stanie faktycznym art. 53 ust. 4 dyrektywy sektorowej w miejsce art. 54, który w ust. 2 stanowi, że podmioty zamawiające, które dokonują kwalifikacji kandydatów, którzy będą składać oferty w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej, dokonują tego zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami, które same określiły i które są dostępne dla zainteresowanych wykonawców, a w ust. 6 dopuszcza w uzasadnionych wypadkach na powołanie się na zasoby podmiotów trzecich stwierdzić należy, iż przepisy ustawy Pzp nie różnicują zamówień klasycznych i sektorowych co do podstaw zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (stanowiącego implementację art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej). Tym samym zasady rządzące zastosowaniem tego przepisu w świetle regulacji ustawy Pzp nie różnią się w obu typach zamówień. Przepisy ustawy Pzp przewidują w procedurze prekwalfikacji odniesienie

189

wyłącznie do warunków udziału w postępowaniu i stopnia ich spełnienia, a art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ogranicza możliwość powołania się na zasoby podmiotów trzecich tylko do zakresu niezbędnego, tj. na poziomie warunków minimalnych, brak jest zatem podstaw do zastosowania go rozszerzająco. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z art. 57 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu wadliwej interpretacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i uznania, że przepis ten nie dopuszcza możliwości uzupełnienia dokumentów i oświadczeń wniosku w zakresie, w jakim odnoszą się one do spełnienia warunków wpływających na miejsce w rankingu wykonawców i zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, jak również zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp należy zauważyć, iż były one podnoszone przez Odwołującego z uwagi na brak jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego, czy odmówił on uznania zamówień dla rankingu wskutek przyjęcia wadliwej interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, czy wskutek wadliwej interpretacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z uwagi na okoliczność, że w toku postępowania odwoławczego zostało jednoznacznie ustalone, że nieotrzymanie punktacji przez Odwołującego wynika z zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp tylko dla oceny spełniania warunków udziału minimalnych, a nie na potrzeby punktacji w ramach rankingu wykonawców zapraszanych do dalszego etapu postępowania, zaś Izba uznała prawidłowość czynności Zamawiającego w tym zakresie, powyższe zarzuty są w istocie bezprzedmiotowe. Zamawiający nie miał bowiem podstaw dla zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Odwołujący wykazał bowiem spełnienie warunków udziału w postępowaniu, posiłkując się doświadczeniem udostępnionym w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co jednak nie pozwalało na przyznanie mu jakiegokolwiek punktacji w ramach rankingu. Nie było to bowiem doświadczenie własne, a tylko takiemu przyznawane były punkty. Tym samym Zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez różne traktowanie wykonawców legitymujących się własnymi zasobami w zakresie zdolności technicznej oraz wykonawców legitymujących się udostępnionymi zasobami zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp oraz poprzez przyjęcie na etapie oceny wniosków o udział w postępowaniu dowolnych kryteriów punktacji, innych niż

te wskazane w Ogłoszeniu o zamówieniu. Podstawę dla takiego zróżnicowania przewiduje art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a Ogłoszenie o zamówieniu, wbrew stanowisku Odwołującego, w swojej treści nie dawało przesłanek dla przyjęcia, iż Zamawiający dopuścił punktację doświadczenia udostępnionego na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych do dalszego etapu Postępowania. Zamawiający nie naruszył zatem ani art. 26 ust. 3 i 4

190

ustawy Pzp w zw. z art. 57 ust. 1 i 3 ustawy Pzp ani art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 3 i art. 57 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy ocenie wniosku Konsorcjum Abener poprzez przyznanie punktów za zamówienia nie kwalifikujące się jako zamówienia, o których mowa w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) oraz przyznania punktów za zamówienia, które obarczone były brakami formalnymi, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 57 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Izba nie podziela tego zarzutu.

Odwołujący kwestionował projekt Emilio Portes Gil Thermal Power Station, wskazując, iż przedmiotowe zamówienie polegało na wybudowaniu rekuperatora ciepła oraz jego integracji z istniejącym blokiem gazowo-parowym. Odwołujący zauważał, iż rekuperator ciepła nie jest z oczywistych względów blokiem gazowo-parowym, o którym mowa w Sekcji III.2.3. pkt 1a) Ogłoszenia o zamówieniu, gdyż jest to instalacja służąca do odzyskiwania ciepła, w tym wypadku zainstalowana na bloku gazowo-parowym. Na wstępie należy stwierdzić, iż w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w zakresie budowy bloku gazowo-parowego w formule „pod klucz”. Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy „wykażą się wykonaniem w oparciu systemu zarządzania wymienione poniżej w pkt b) przynajmniej 3 (trzech) zamówień w formule „pod klucz”, których zakres przedmiotowy obejmował: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy, to w tym okresie”. Zamawiający określając zakres wymaganego doświadczenia posłużył się zatem po pierwsze pojęcie „budowy”, jak i wskazał na wymagany w ramach zamówienia zakres prac, którymi musiał się wykazać wykonawca. Zamawiający nie zdefiniował w Ogłoszeniu o zamówieniu określenia „budowa”. Za słuszne zatem należałoby uznać stanowisko Konsorcjum Abener, iż dla ustalenia zakresu tego pojęcia celowe i uzasadnione jest odwołanie się do definicji legalnej tego pojęcia zawartej w ustawie z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623, z późn. zm.), gdzie w art. 3 pkt 6 budowę zdefiniowano jako wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Tym samym rozbudowa objęta jest zakresem pojęcia budowa. Jak wskazywało Konsorcjum Abner rozbudowa polega na zmianie charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, takich jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość, a zatem uznać należy, iż efektem rozbudowy podobnie jak i

191

budowy w ścisłym tego słowa znaczeniu jest powstanie nowej substancji budowlanej. Zamawiający w treści Ogłoszenia o zamówieniu nie zawęził zakresu doświadczenia, którym mógł wykazać się wykonawca do budowy nowego bloku gazowo-parowego. Takie ograniczenie nie wynika z literalnej treści warunku, w szczególności nie stanowi o tym sformułowanie „pod klucz”. Jak było argumentowane w toku postępowania przed Izbą określenie w formule „pod klucz” oznacza kompleksowe wykonanie przez wykonawcę całości prac w celu realizacji przedmiotu zamówienia zapewniających kompletność i gotowość przedmiotu zamówienia do eksploatacji zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W ocenie Izby formuła wykonania zamówienia „pod klucz” nie jest zarezerwowana dla budowy prowadzonej od nowa, lecz może obejmować także rozbudowę na gruncie istniejących instalacji. Tym samym należy stwierdzić, iż w oparciu o treść Ogłoszenia o zamówieniu nie sposób uznać, aby z zakresu możliwego do wykazania doświadczenia wyłączać dokonanie rozbudowy istniejącej instalacji i wykonanie w oparciu o zastane urządzenia kompletnego

kogeneracyjnego bloku gazowo-parowego, który to blok gazowo-parowy wcześniej nie istniał. W treści Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający nie sformułował jednoznacznego wymogu, aby wykonawca dostarczył wszystkie elementy bloku gazowo-parowego, lecz oczekiwał, iż zamówienie będzie obejmowało wskazany zakres prac: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż, uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego bloku gazowo-parowego o określonej minimalnej mocy. Tym samym przedmiotowe postanowienie Ogłoszenia o zamówieniu interpretować można jako określenie rodzaju prac, które muszą być przez wykonawcę wykonane, przy czym nie oznacza to, że każda z nich ma odnosić się do wszystkich elementów bloku gazowo-parowego. Literalna interpretacja powyższej regulacji wskazuje, że efektem finalnym tych prac, które muszą wchodzić w zakres zamówienia, winien być funkcjonujący (przyjęty do eksploatacji) blok gazowo-parowy o mocy 160 MWe. Zamawiający wskazywał, iż nie było jego celem ograniczanie zakresu adekwatnego doświadczenia, a dokonanie rozbudowy w oparciu o zastane instalacje częstokroć stanowi większe wyzwanie dla wykonawcy niż budowa nowego bloku gazowo-parowego od początku. Z rozbudową o zastane instalacje także wiąże się konieczność prac obejmujących zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji bloku kompletnego kogeneracyjnego gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami, iż wykazywany zakres musi obejmować dostarczenie turbiny jako niezbędnego elementu bloku. Zdaniem Izby takiego wymogu nie sposób wysnuć ze sposobu sformułowania przedmiotowego postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto sam Zamawiający nie wskazywał na takie oczekiwanie, podnosząc, iż dostawcą turbiny może być sam zamawiający i nie było jego intencją wyłączenie tego typu zamówień. Niezależnie od tego czy instalacja opiera się na

192

nowej czy starej turbinie niezbędne jest takie zaprojektowanie (przeprojektowanie) instalacji, aby w efekcie finalnym powstał zintegrowany z zastanymi urządzeniami i funkcjonujący blok gazowo-parowy. Odnosząc powyższe rozważania do kwestionowanego projektu Emilio Portes Gil Thermal Station, Konsorcjum Abener w złożonym przez siebie piśmie procesowym z dnia 6 czerwca 2012 r. szczegółowo opisało zakres przedmiotowej inwestycji. Konsorcjum Abener wyjaśniło, iż zakresem prac związanych z rozbudową zastanej instalacji na kompletny blok gazowo-parowy obejmował:

- zaprojektowanie rozbudowy instalacji zastanej na kompletny ko generacyjny blok gazowo parowy, oraz
- wykonanie rozbudowy, tj.:
- usadowienia nowych budowli na terenie elektrociepłowni w tym kotła odzyskowego (rekuperatora ciepła), która to instalacja kubaturowo wielokrotnie przewyższa kontener, w którym znajdowała się istniejąca instalacja turbiny gazowej, rurociągów itp.,
- wybudowania tzw. zimnego komina, służącego do wyprowadzania spalin z kotła odzyskowego (który przewyższał dotychczasowy komin, który następnie w ramach projektu podlegał rozbiórce albo zaślepieniu i odcięciu od systemu),
- zainstalowania (montażu) urządzeń i systemów niezbędnych do budowy i funkcjonowania bloku gazowo-parowego oraz zintegrowanie ich z istniejącymi systemami w elektrowni. Jak wskazywał Przystępujący Konsorcjum Abener fakt istnienia zastanej przestarzałej infrastruktury wiązał się z dokonywaniem rozbiórek istniejących instalacji, zmianą układu sterowania, dokonaniem prac koniecznych do dostosowania dotychczasowych układów do pracy w nowym układzie, a także modernizacją turbin;
- dostarczenie urządzeń niezbędnych do wykonania bloku gazowo-parowego, w tym rekuperatora ciepła wraz z wszelkimi urządzeniami i układami pomocniczymi.

Skutkiem tych prac był kompletny bok gazowo-parowy w formule pod klucz opalany gazem ziemnym. Tym samym choć zastana infrastruktura obejmowała turbinę gazową i turbiny parowe, to wykonanie zamówienia wymagało rozbudowy tej infrastruktury zwiększającej w istotny sposób kubaturę istniejącej instalacji jak i niezbędnej do budowy i funkcjonowania bloku gazowo-parowego. Niezbędne były także prace związane z integracją urządzeń zastanych oraz zainstalowanych w ramach realizacji projektu, w tym modernizacji

193

przestarzałych turbin. W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił żadnego przekonującego dowodu, iż tak określony zakres prac nie wyczerpuje treści postawionego przez Zamawiającego warunku. Należy podkreślić, iż celem warunku wiedzy i doświadczenia jest wyłonienie wiarygodnego wykonawcy zamówienia, a biorąc pod uwagę powyższy cel oraz treść Ogłoszenia o zamówieniu nie sposób deprecjonować zamówienie polegające na rozbudowie zastanej instalacji, obejmujące zakres prac wskazany w warunku, a której efektem finalnym jest przyjęty do eksploatacji kompletny kogeneracyjny blok gazowo-parowy opalany gazem ziemnym o wymaganej minimalnej mocy. Ogłoszenie o zamówieniu nie daje podstaw dla wyłączenia tego typu rozbudowy z zakresu możliwego do wykazania doświadczenia. Odwołujący poza powołaniem się na treść referencji w żaden sposób nie wykazał, aby projekt Emilio Portes Gil Thermal Power Station nie obejmował elementów, na które powoływało się Konsorcjum Abener, a które potwierdzają, iż projekt ten spełnia warunek udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wskazywał, iż w odniesieniu do zamówień Ain Beni Mathar oraz Bahia de Bizcaia (Vizcaya) Zamawiający pominął okoliczność, iż nie są one poparte referencjami inwestorów ani innym dokumentem potwierdzającym, iż zostały prawidłowo wykonane, gdyż listy referencyjne wystawione były na Abengoa S.A., podmiot odrębny od konsorcjantów. Z powyższych względów zdaniem Odwołującego brak jest podstaw do zaliczenia i punktowania tychże zamówień bez uzupełnienia o właściwe listy referencyjne. Odwołujący podnosił, iż w innych przypadkach Zamawiający w razie wątpliwości co do wykonawcy, dla którego wystawiane są referencje nie przyznawał punktacji, a tu od tej reguły odstąpił. Zdaniem Izby należy zgodzić się z Konsorcjum Abener, iż celem przedkładanych wraz z wykazem robót budowlanych referencji jest potwierdzenie wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowego ukończenia. Dokument referencji (lub jakikolwiek inny dokument potwierdzający prawidłowe wykonanie robót budowlanych) nie służy zatem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Taki dokument służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Natomiast dokumentem służącym do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy, składane w formie wykazu robót budowlanych. W związku z powyższym Zamawiający w Postępowaniu nie może zarzucić wykonawcy, na podstawie załączonych przez niego referencji, iż nie spełnia on warunku udziału w Postępowaniu. Oświadczenie składane przez wykonawcę w formie wykazu może mieć szerszy zakres niż wynika to z treści załączonych referencji. Jedynie w sytuacji, w której zachodziłaby sprzeczność pomiędzy oświadczeniem wykonawcy wynikającym z wykazu a dokumentem referencji, co sugerowałoby, iż informacje

194

zawarte w oświadczeniu nie są zgodne ze stanem faktycznym, Zamawiający mógłby kwestionować referencje lub złożone oświadczenie, po uprzednim wyjaśnieniu powziętych wątpliwości. Ponadto skoro brak jest przepisów regulujących szczegółową treść referencji, Zamawiający nie ma możliwości narzucenia tej treści ani stawiania w tym zakresie wymagań wykraczających poza zakres wynikający z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Biorąc pod uwagę powyższe, okoliczność, iż przedłożone przez Konsorcjum Abener referencje odnoszące się do wskazanej w wykazie inwestycji wystawione zostały na inny podmiot niż konsorcjanci, nie oznacza, iż podlegają one automatycznemu wezwaniu do uzupełnienia. W ocenie Izby referencje takie, jeżeli budzą wątpliwość Zamawiającego co do podmiotu wykonującego zamówienie, mogą być także poddane procedurze wyjaśnienia mającej na celu usunięcie wątpliwości pomiędzy treścią wykazu i referencji. W toku postępowania odwoławczego Konsorcjum Abener wykazało, iż wprawdzie kwestionowane referencje były wystawione na podmiot z grupy kapitałowej Konsorcjum Abener - Abengoa S.A. jako stroną umowy z odbiorcą zamówienia, jednak to jeden z konsorcjantów - Abener Energia S.A. był faktycznym wykonawcą zamówienia, co zostało poświadczane przez Abengoa S.A. (oświadczenie z 28 maja 2012 r. załączone do pisma Konsorcjum Abener). Odwołujący w żaden sposób nie dowiódł, a co więcej nawet nie dowodził, iż prace te nie były faktycznie wykonywane przez Abener Energia S.A. lub że nie zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej lub nie były one prawidłowo ukończone. Skoro zatem inwestor potwierdził prawidłowe wykonanie prac, a ich faktycznym wykonawcą był Abener Energia S.A. w braku dowodu przeciwnego należy uznać, iż wskazany powyżej cel referencji został zachowany. Należy bowiem zgodzić się, iż przy

wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu podstawowe znaczenie przypisać należy oświadczeniu wykonawcy zawartemu w wykazie robót, a ten nie był przez Odwołującego kwestionowany. Referencje odnoszą się jedynie do prawidłowości realizacji robót i nie sposób przypisywać im zgodnie z obowiązującymi przepisami roli wykraczającej poza ten zakres. Izba nie podziela także stanowiska, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady równości w postępowaniu, gdyż w podobnej sytuacji, gdy podczas badania wniosku Odwołującego Zamawiający powziął wątpliwość co do wykonawcy, dla którego wystawiane są referencje czynił stosowną adnotację i w konsekwencji nie przyznawał zamówieniu punktu. Odwołujący nie wykazał bowiem, iż brak punktacji wniosku Odwołującego istotnie był wynikiem wadliwej oceny jego wniosku, a nie innymi przesłankami, tj. brakiem doświadczenia własnego, za które na zasadzie wyłączności była przyznawana punktacja.

Biorąc pod uwagę powyższe, jako że nie potwierdziły się zarzuty zawarte w odwołaniu, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Izba orzekła jak w sentencji.

195

KIO 1035/12

Izba uznała, iż odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, nie stwierdzono podstaw do odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W toku postępowania przed Izbą Odwołujący oświadczył, iż cofa wszystkie zarzuty dotyczące błędnej oceny własnego wniosku. Wobec powyższej dyspozytywnej czynności Odwołującego, przedmiotem rozpoznania i rozstrzygnięcia przez Izbę był wyłącznie zarzut naruszenia art. 57 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 3 i 4 oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dotyczący błędnej oceny wniosku Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC poprzez nieprawidłowe wezwanie tego podmiotu do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu, a w dalszej kolejności dokonanie błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC oraz przyznanie przedmiotowemu wnioskowi 6 punktów.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym Ogłoszenie o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w szczególności wniosek złożony przez Odwołującego oraz Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC, wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia wniosku skierowane do Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC, uzupełnienie wniosku z 25 kwietnia 2012 r., raport Doradcy Technicznego dla Komisji Przetargowej przy PGE GiEK dotyczący oceny wniosków złożonych przez wykonawców w postępowaniu „Budowa nowego bloku gazowo-parowego w PGE GiEK SA Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz”, badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, opinię sporządzoną przez p. Dariusza Kobę z Centrum Zamówień Publicznych sp. z o.o., odwołanie, zgłoszenia przystąpień, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z 6 czerwca 2012 r.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo, Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas, Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC, z uwagi na spełnienie warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący spełnia przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, o braku takiego interesu nie może świadczyć kwestionowanie wniosku wykonawcy, który nie został zaproszony do dalszego

196

etapu Postępowania. Z uwagi na możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez wielu wykonawców oraz różnorodność podnoszonych zarzutów, nie sposób przesądzić na etapie wnoszenia odwołania o braku interesu w kwestionowaniu wniosku wykonawcy nie zaproszonego mocą ówczesnej decyzji Zamawiającego do składania ofert.

Izba uznała, iż odwołanie w podtrzymanym przez Odwołującego zakresie podlega oddaleniu. Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Jak wskazywał Odwołujący w treści odwołania, Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC w złożonym wniosku nie przedstawiło dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu, w tym wykazu wykonanych robót ani dokumentów potwierdzających ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie. W wykazie robót uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum Control Process-CP Trade - INITEC przedstawiło na potwierdzenie warunku określonego w Sekcji III.2.3) pkt 1 lit. a) (wykazanie się wykonaniem przynajmniej 3 (trzech) zamówień w formule "pod klucz", których zakres przedmiotowy obejmował: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) zarówno zamówienia własne członka konsorcjum INITEC ENERGIA SA, jak i doświadczenie udostępnione przez podmioty trzecie. W pozostałym zakresie dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC korzystało wyłącznie z doświadczenia udostępnionego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nie sposób przypisać Zamawiającemu dokonania nieprawidłowego wezwania Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż przepis ten przewiduje obligatoryjną procedurę wezwania do uzupełnienia dokumentów także takich, które w pierwotnym terminie składania wniosków nie zostały złożone, chyba że zajdą ściśle określone okoliczności negatywne przewidziane tym przepisem (pomimo uzupełnienia oferta podlegałaby odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania). Tym samym wykonawca ma prawo dokonać uzupełnienia wniosku, przy czym uzupełnienie musi potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający był zatem zobligowany do dokonania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ żaden z przypadków wyłączających takie wezwanie nie miał w przedmiotowej sprawie miejsca. Zdaniem Izby Zamawiający słusznie również przyjął, iż w ramach uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

197

uwzględni tylko te roboty, które potwierdzając spełnienie warunków minimalnych, pominię natomiast roboty przedstawione dla uzyskania dodatkowej punktacji, pomimo iż Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC przedstawiło więcej niż 3 wymagane roboty wykonane przez członka Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC - INITEC ENERGIA S.A. Tym samym przyznał wyłącznie 6 punktów z tytułu spełnienia warunków minimalnych. Zdaniem Izby nie ma racjonalnego i opartego o właściwe przepisy uzasadnienia, aby wykonawca, który spełnił warunki minimalne na skutek uzupełnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (ta okoliczność nie jest sporna), nie otrzymał za nie punktacji, gdy zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający punktował także roboty wskazane na potwierdzenie spełnienia wymogów minimalnych. Słusznie zauważał Zamawiający, iż brak punktacji za doświadczenie wykazane na poziomie minimalnym spełniające wymagania Zamawiającego (doświadczenie własne) byłoby sprzeczne z treścią Ogłoszenia o zamówieniu. Co do zasady należy zgodzić się z Odwołującym, iż art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania, jeżeli wezwanie do uzupełnienia dokumentów mogłoby wpłynąć na zmianę punktacji uzyskanej przez danego wykonawcę z tytułu oceny wiedzy i doświadczenia, którymi dysponuje. Dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od reguły, że dokumenty i oświadczenia powinny być złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pozwalając sanować „błędy”, niedoskonałości i braki wniosków lub ofert na etapie ich merytorycznej oceny. Wyjątki jednak nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Przywołany przepis pozwala zatem na uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie zaś na złożenie nowych oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę, który spełnienie warunków udziału w postępowaniu już wykazał, a oczekuje wezwania go do uzupełnienia dokumentów umożliwiających mu uzyskanie lepszej punktacji w rankingu. Dlatego też Zamawiający nie jest zobligowany zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu, a w wyniku wezwania uzupełniłby dokumenty, których pierwotnie nie złożył lub złożone dokumenty były wadliwe, a które zapewnią mu uzyskanie dodatkowej punktacji. Nie jest to jednak stan faktyczny niniejszej sprawy. Zamawiający ma obowiązek zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a następnie może zaliczyć uzupełnione minimalne

doświadczenie na potrzeby punktacji. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż przyjęcie wniosku przeciwnego niż wskazany przez Odwołującego prowadziłoby do sytuacji, w której dany wykonawca mógłby pierwotnie nie przedłożyć wraz z wnioskiem dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tylko z tego powodu, aby zorientować się jakie doświadczenia należy wykazać, aby uzyskać wystarczającą punktację do zakwalifikowania się do kolejnego etapu. W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył zasad równości podmiotów ani uczciwej konkurencji. Wszyscy wykonawcy mieli bowiem na takich

198

samych zasadach możliwość uzyskania punktacji z tytułu spełnienia warunków minimalnych, od których spełnienia równocześnie uzależnione jest niewykluczenie z postępowania, o ile wykazali się doświadczeniem własnym.

Zdaniem Izby także przywoływane przez Odwołującego orzecznictwo nie potwierdza stanowiska Odwołującego.

I tak w powoływanym wyroku KIO z dnia 6 marca 2012 r. sygn. akt KIO 350/12, KIO 357/12 stwierdzono:

"Wskazując na powyższe stwierdzić należy, że zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów po to, by nie dopuścić do jego wykluczenia z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zapobieżenie wykluczeniu wymaga wykazania, że wykonawca spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu minimalne standardy polegały na wykonaniu należycie dwóch usług szkoleń e-learningowych prowadzonych w formule on-line, a zatem celem wezwania było wykazanie, że odwołujący się te minimalne wymagania spełnia. Zamawiający uczynił, więc zadość obowiązkowi wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że posiada on wymagane doświadczenie i – otrzymawszy taki dokument – nie wykluczył odwołującego się z postępowania oraz przyznał mu punkty za minimalne spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że dokumenty złożone w wyniku uzupełnienia mogą powodować przyznanie punktacji służącej do określenia listy wykonawców najlepiej spełniających warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia. Powodowałoby to bowiem uprzywilejowaną sytuację dla wzywanego wykonawcy, który uzyskałby dodatkowy termin na złożenie dokumentu powodującego korzystną zmianę jego położenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia (...)"

Z kolei w wyroku KIO z dnia 24 marca 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 549/11 Izba stwierdziła:

"W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający nieprawidłowo ocenił wniosek odwołującego pomijając uzupełnione na wezwanie zamawiającego dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu przy ocenie punktacji w ramach kwalifikacji wykonawców. Izba zauważyła, że rację zamawiającemu, co do tego, że może wzywać wyłącznie do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, można byłoby przyznać wyłącznie wtedy, gdyby doświadczenia

199

minimalnego służącego wykazaniu warunku nie punktował zamawiający następnie w ramach kwalifikacji wykonawców".

W przywoływanym przez Odwołującego wyroku z dnia 6 lutego 2012 r. KIO 133/12 przewidziano:

"Jeżeli zarazem oznaczony warunek jest przyjęty jako kryterium oceny wniosków - w aspekcie wyłonienia grupy wykonawców zakwalifikowanych do dalszego udziału w przetargu ograniczonym, brak przesłanek prawnych aby stosować procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wzywania do uzupełniania dokumentów, poza sytuacją, gdy roboty referencyjne w odniesieniu do spełnienia warunków minimalnych także podlegają wliczeniu do punktacji ogółem".

Tym samym powołane przez Odwołującego orzecznictwo potwierdza tezę zgola

odmienną niż ta, dla której zostało wskazane.

Zarzut naruszenia art. 57 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 3 i 4 oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dotyczący błędnej oceny wniosku Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC jest zatem bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

KIO 1037/12

Izba uznała, iż odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, nie stwierdzono podstaw do odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, gdyż wobec lidera odwołującego się Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo tj. spółki PBG S.A. w toku postępowania odwoławczego ogłoszono upadłość. Odwołujący sprecyzował, iż ogłoszona upadłość jest upadłością układową. Izba zważyła, że okoliczność powyższa powstała po dacie wniesienia odwołania, a ponadto nie stała się ona podstawą żadnej czynności Zamawiającego w Postępowaniu (tj. wykluczenia Odwołującego). Formalnie zatem Odwołujący korzysta ze statusu wykonawcy w Postępowaniu, zaś Zamawiający nie wskazał żadnych dodatkowych powodów, które mogłyby skutkować uznaniem go za podmiot nieuprawniony.

200

Odwołujący spełnia także przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym Ogłoszenie o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w szczególności wniosek złożony przez Odwołującego oraz Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum Abener, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC, raport Doradcy Technicznego dla Komisji Przetargowej przy PGE GiEK dotyczący oceny wniosków złożonych przez wykonawców w postępowaniu „Budowa nowego bloku gazowo-parowego w PGE GiEK SA Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz”, badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, opinię sporządzoną przez p. Dariusza Kobę z Centrum Zamówień Publicznych sp. z o.o., odwołanie, zgłoszenia przystąpień, pisma Odwołującego z 5 i 25 czerwca 2012 r., pisma Przystępującego Konsorcjum GE-Iberdrola z 14 i 25 czerwca 2012 r., pismo z 6 czerwca 2012 r. Konsorcjum Abener, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z 6 czerwca 2012 r.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo, Konsorcjum Abener, Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera oraz po stronie Odwołującego: Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas, Rafako S.A., z uwagi na spełnienie warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp Izba oddaliła opozycję Odwołującego Konsorcjum PBG-Hyundai-Daewoo przeciw przystąpieniu Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo, uznając, iż nie uprawdopodobnił on, że zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Interes w przystąpieniu należy rozumieć szeroko i można go utożsamiać z interesem warunkującym wniesienie odwołania. Wykonawca zakwalifikowany do dalszego etapu Postępowania ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego podtrzymującego dotychczasowe stanowisko zamawiającego. Ponadto Odwołujący nie wykazał bezspornie, iż w żadnym razie nie może zaistnieć sytuacja gdy więcej niż 5 wykonawców uzyska maksymalną liczbę 40 punktów, co potencjalnie mogłoby zagrozić interesowi przystępującego. Na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp Izba oddaliła opozycję Zamawiającego wobec zgłoszenia przystąpienia Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas, gdyż nie uprawdopodobnił, że wykonawca zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Izba wskazuje, iż wykonawca może przystąpić do postępowania odwoławczego w zakresie tylko części zarzutów (mieć interes w takim

201

przystąpieniu), nie może jedynie równocześnie przystąpić częściowo po obu stronach. Może zatem przystąpić w zakresie niesprzecznym z przystąpieniem w sprawie KIO 1034/12.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w części zarzut dotyczący błędnej oceny wniosku Konsorcjum Abener (uznał, że tylko projekty Hermosillo Thermal Power Station, El Sauz Thermal Power Station właściwie potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu), wskazując na konieczność powtórzenia czynności oceny wniosku Konsorcjum Abener z zastosowaniem procedury wyjaśnienia sprzeczności pomiędzy oświadczeniem wykonawcy a treścią referencji, jednak wobec stanowiska Konsorcjum Abener zaprezentowanego w piśmie z 6 czerwca 2012 r. wycofał swoje uwzględnienie.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu błędnej oceny wniosku Odwołującego i związanego z nim naruszenia art. 57 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie zaniżonej ilości punktów za ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie przy ocenie warunków udziału w postępowaniu potencjału podmiotu trzeciego, jakim legitymował się Odwołujący, Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Izba podtrzymuje w niniejszej sprawie argumentację co do zakresu zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wyłącznie na potrzeby spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu oraz co do interpretacji treści Ogłoszenia szczegółowo przedstawioną w uzasadnieniu dotyczącym spraw o sygn. akt KIO 1010/12 oraz KIO 1034/12. Znajduje ona bowiem pełne zastosowanie w każdym przypadku udostępnienia doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, niezależnie od charakteru powiązań pomiędzy podmiotem udostępniającym oraz wykonawcą, który korzysta z udostępnionych referencji. W odniesieniu do przywoływanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzającego stanowisko Odwołującego stwierdzić należy, iż jest faktem powszechnie znanym, iż w spornym zakresie ukształtowały się dwie konkurencyjne linie orzecznicze, które w odmienny sposób interpretują zakres zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w postępowaniach dwuetapowych, tj. w zakresie uzyskania punktacji na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych do dalszego etapu postępowania. Skład orzekający w niniejszej sprawie nie podziela argumentacji i stanowiska reprezentowanego w przywoływanych przez Odwołującego orzeczeniach, uznając, iż art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje zastosowanie wyłącznie na potrzeby wykazania warunków minimalnych w celu zapobieżenia wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Tym samym w świetle prezentowanego uzasadnienia zarzut naruszenia art. 57 ust. 1, art. 22 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

202

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zaniechania wezwania Konsorcjum Abener do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w ocenie Izby zarzut taki jest bezzasadny. Odwołujący zakwestionował 14 spośród 15 zamówień wskazanych przez Konsorcjum Abener w wykazie zrealizowanych robót przedłożonym na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonym w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a Ogłoszenia o zamówieniu (budowa bloku gazowo-parowego w formule pod klucz), co oznaczało, iż Konsorcjum Abener nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu (wymagane 3 zamówienia). Wobec treści odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający wskazał, iż przyznał punkty wyłącznie za projekty: Ain Beni Mathar, Emilio Portes Gil Thermal Power Station, Hermosillo Thermal Power Station, El Sauz Thermal Power Station, Bahia de Bizcaia Thermal Power Plant, Odwołujący ograniczył argumentację do zamówień: Emilio Portes Gil Thermal Power Station, Hermosillo Thermal Power Station, El Sauz Thermal Power Station, Bahia de Bizcaia Thermal Power Plant (projekt Ain Beni Mathar nie był objęty zakresem odwołania). Jak było to wskazane, Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w części zarzut dotyczący błędnej oceny wniosku Konsorcjum Abener (uznał, że tylko projekty Hermosillo Thermal Power Station, El Sauz Thermal Power Station właściwie potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu), wskazując na konieczność powtórzenia czynności oceny wniosku Konsorcjum Abener z zastosowaniem procedury wyjaśnienia sprzeczności pomiędzy oświadczeniem wykonawcy a treścią referencji, jednak wobec stanowiska Konsorcjum Abener zaprezentowanego w piśmie z 6 czerwca 2012 r. wycofał swoje uwzględnienie.

W zakresie projektu Emilio Portes Gil Power Thermal Station Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w niniejszym uzasadnieniu w sprawie sygn. akt KIO 1034/12. W uzupełnieniu w związku z argumentacją Odwołującego prezentowaną na rozprawie oraz w pismach z 5 i 25 czerwca 2012 r. Izba stwierdza, iż stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący podnosił, iż wykazany projekt Emilio Portes Gil Power Thermal Station stanowi nie budowę, lecz modernizację, względnie rozbudowę istniejących już bloków gazowo-parowych, co nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba nie podziela dokonywanej przez Odwołującego wykładni warunku zawartego w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia o zamówieniu. W opinii Izby brak jest podstaw dla uznania, iż rozbudowa istniejących instalacji, której efektem końcowym było powstanie bloku gazowo-parowego o wymaganej mocy, o ile obejmowała zakres prac wymaganych przez Zamawiającego, mieści się w opisanym warunku. Wbrew stanowisku prezentowanemu przez Odwołującego nie sposób z treści warunku wywieść, iż wskazany tam zakres prac miał w każdym przypadku dotyczyć całego bloku gazowo-parowego. W ocenie Izby równie uprawniona do wykładni

203

prezentowanej przez Odwołującego, a która opiera się na uznaniu, iż sformułowanie „zakończone przyjęciem do eksploatacji” dotyczy tylko fazy uruchomienia, o czym świadczy także umiejscowienie znaków interpunkcyjnych (po słowie „uruchomienie” nie postawiono przecinka, co przesądza o tym, iż należy to słowo łącznie czytać z wyrażeniem „zakończone przyjęciem do eksploatacji”), jest interpretacja, iż zamówienie winno obejmować określone fazy realizacji projektu (poprzez określenie zakresu prac), których końcowym efektem winno być uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego bloku gazowo-parowego. Odwołując się do umiejscowienia znaków interpunkcyjnych jako wskazówki dla dokonania wykładni postawionego warunku wbrew wskazaniu zawartemu w piśmie Odwołującego z 25 czerwca 2012 r. po wycieszeniu zakresu prac (tj. po sformułowaniu „uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji”), a przed określeniem „kompletnego bloku gazowo-parowego” nie znajduje się przecinek, który pozwalałby na wnioskowanie, iż każda z wymienionych czynności (projektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji) odnosi się do kompletnego bloku gazowo-parowego. Brak jest zatem takiego wydzielenia, co oznacza, iż wykładnia prezentowana przez Odwołującego nie jest jedyną możliwą. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem brak jasności w formułowaniu warunków obciąża Zamawiającego, a nie wykonawców. Ponadto Odwołujący stawia tezę, iż w przypadku inwestycji Emilio Portes Gil Thermal Power Station nastąpiła tylko modernizacja bloku gazowo-parowego, ponieważ istniały tam turbiny gazowe. Zdaniem Izby podkreślić należy, iż Odwołujący nie zdołał wykazać, iż zastana infrastruktura wyczerpywała pojęcie „istniejącego bloku gazowo-parowego”, a zatem twierdzenia Konsorcjum Abener, iż dopiero na skutek rozbudowy powstał kogeneracyjny blok gazowo-parowy zasługują na uwzględnienie. Bez znaczenia w ocenie Izby jest również wartość inwestycji, gdyż Zamawiający nie stawiał w tym zakresie żadnych wymogów, a ponadto niezasadnym jest przyjęcie, iż tylko inwestycje tożsame z przedmiotem zamówienia potwierdzają spełnienie postawionego warunku. Dodatkowo, jak wskazywał Zamawiający, a Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych, znaczący koszt inwestycji stanowią turbiny, a Zamawiający nie wymagał, aby ich dostawa była bezwzględnie objęta zakresem zamówienia.

Powyższa argumentacja znajduje zastosowanie także do kwestionowanych projektów Hermosillo Thermal Power Station i El Sauz Thermal Power Station, którym Odwołujący zarzucał, iż stanowią modernizację, względnie rozbudowę istniejących już bloków gazowo-parowych, a nie ich kompleksową budowę pod klucz. Izba ponownie wskazuje, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż projekty te dotyczą modernizacji istniejącego już bloku gazowo-parowego. Przywoływane przez Odwołującego opisy projektów takiego wniosku nie potwierdzają. Jak sam wskazuje Odwołujący, projekt Hermosillo Thermal Power Station

204

polegał na budowie pod klucz projektu poszerzenia o układ kogeneracyjny elektrociepłowni Hermosillo i obejmował konwersję do układu kogeneracyjnego istniejącego bloku turbogazowego. Podobnie w przypadku projektu El Sauz Thermal Power Station do istniejących turbin gazowych dodano turbinę parową, w wyniku czego istniejący blok uległ przekształceniu w blok gazowo-parowy. Nie sposób także przyznać racji Odwołującemu, iż

zakres wykonanych prac sprowadzał się tylko do zwiększenia mocy istniejącego bloku poprzez zabudowę turbiny parowej. Konsorcjum Abener w piśmie z 6 czerwca 2012 r. przedstawiło szczegółowy zakres inwestycji obejmujący:

- a) budowy nowych budynków i hal, w których posadowiono nowe urządzenia składające się na blok gazowo - parowy, w tym turbinę parową (budynki te kubaturą wielokrotnie przewyższały kontener w którym znajdowała się istniejąca instalacja turbiny gazowej)
- b) usadowieniu na terenie elektrociepłowni nowych budowli w tym kotła odzyskowego (rekuperatora ciepła) (instalacji kubaturowo wielokrotnie przewyższającej kontener w którym znajdowała się istniejąca instalacja turbiny gazowej)
- c) wybudowania tzw. zimnego komina, służącego do wyprowadzania spalin z kotła odzyskowego (który przewyższał dotychczasowy komin, który następnie w ramach projektu podlegał rozbiórce albo zaślepieniu i odcięciu od systemu)
- d) wybudowania chłodni (instalacji, które posadowiono na powierzchni przekraczającej powierzchnię terenu, na której posadowiona była instalacją turbiny gazowej);
- e) zainstalowania (montażu) urządzeń niezbędnych do budowy bloku parowo gazowego w tym w szczególności, turbiny parowej i rekuperatora ciepła wraz z wszelkimi urządzeniami i układami pomocniczymi, zintegrowanie ich z istniejącymi systemami w elektrowni w tym istniejącą turbiną gazową. Stanowiło to dodatkową trudność w wykonaniu zamówienia, gdyż wiązało się również z dokonywaniem rozbiórek istniejących instalacji, zmianą układu sterowania, dokonaniem prac koniecznych do dostosowania dotychczasowych układów do pracy w układzie kombinowanym istniejącej turbiny gazowej oraz nowo zainstalowanych turbin parowych.

Ponadto przedmiotem zamówienia było również dostarczenie urządzeń niezbędnych do wykonania bloku gazowo - parowego w tym turbiny parowej, rekuperatora ciepła wraz z wszelkimi urządzeniami i układami pomocniczymi. Na skutek tych prac powstał kompletny blok parowo -gazowy w formule pod klucz opalany gazem ziemnym. Nastąpił również wzrost parametrów bloku w przypadku każdego z Projektów. Budowy te zostały wykonane w 205

formule "pod klucz" a w ich ramach nastąpiło zaprojektowanie, dostarczenie, montaż, i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo - parowego opalanego gazem ziemnym. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby jego stanowisko, iż zakres prac w Projekcie Hermosilio i El Sauz sprowadzał się jedynie do zwiększenia mocy turbiny istniejącego bloku poprzez zabudowę turbiny parowej. Jak wskazywało Konsorcjum Abener, przy powyższych Projektach prace polegały na rozbudowie dotychczasowych instalacji do kompletnego bloku parowo -gazowego i nadania im nowych funkcjonalności. To Odwołującego zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu i kontrydiktoryjnym charakterem sporu przed Izbą obciążał dowód przeciwny.

W odniesieniu do projektu Bahia de Bizcaia (Vizcaya) Izba podtrzymuje stanowisko zaprezentowane w tym zakresie w sprawie o sygn. akt KIO 1034/12, uznając zarzut Odwołującego za niezasadny. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które podważałyby stanowisko Konsorcjum Abener dotyczące tego projektu.

Odwołujący podniósł zarzut niewykazania podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp przez wykonawców: Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Abener oraz Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC, co winno skutkować ich wykluczeniem, ewentualnie wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż przedłożyli oni w miejsce zaświadczeń o niekaralności, które w Hiszpanii są wydawane w stosunku do spółek, oświadczenia złożone przed notariuszem. Izba zarzut ten uznała za niezasadny.

Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit c rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zamiast aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu, powyższe dokumenty powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia albo składania ofert. Natomiast według ust. 3 jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca

206

zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.

Należy zauważyć, iż podnoszona okoliczność, iż w związku z wejściem w życie w dniu 22 grudnia 2011 r. stosownych przepisów, w Hiszpanii możliwe jest uzyskanie zaświadczenia z hiszpańskiego Registro Central de Penados (Centralnego Rejestru Skazanych) (dalej „RCP”) dla spółek w istocie nie jest sporna. Kwestionowano jednak możliwość kwalifikowania tego dokumentu jako odpowiednik polskiego zaświadczenia z KRK w zakresie potwierdzenia braku orzeczonego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Podnoszono m.in., iż znaczenie i zakres zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne jest różny w obu porządkach prawnych. Art. 33 ust. 7 lit. f i art. 262 Hiszpańskiego Kodeksu Karnego odnoszą się tylko do zakazu uczestnictwa w przetargach sądowych i zakazu zawierania umów z sektorem publicznym, różny jest zakres przedmiotowy odpowiedzialności karnej, różne terminy zatarcia kar, zaświadczenie z RCP nie odzwierciedla innych zakazów zawierania umów z jednostkami sektora finansów publicznych, a tylko orzeczone na podstawie Kodeksu Karnego. Powstają zatem poważne wątpliwości, czy zaświadczenie to można było traktować jako ekwiwalent zaświadczenia z KRK. W ocenie Izby niezależnie od powyższych okoliczności, które w istocie dotyczyć mogą każdego zaświadczenia wydawanego w oparciu o obcy porządek prawny, istota sporu w tym zakresie sprowadza się do oceny, czy Zamawiający wobec zmienionej w Hiszpanii regulacji prawnej co do możliwości pozyskania urzędowego zaświadczenia zasadnie uznał, że przedłożenie przez wykonawców dokumentów w postaci oświadczenia złożonego przed notariuszem jest wystarczające, czy wykonawcy winni na potwierdzenie tego faktu złożyć zaświadczenia z hiszpańskiego rejestru karnego (RCP). Odwołujący uznawał, iż fakt wydawania zaświadczenia przed terminem składania wniosków jest wystarczający dla istnienia takiego bezwzględnego obowiązku, a różnice w zakresie wydawanych dokumentów nie mogą decydować o tym, że wykonawca może przedłożyć w to miejsce oświadczenie złożone przed notariuszem. Zdaniem Izby w niniejszym stanie faktycznym istotne jest, iż przedmiotowe zaświadczenia wydawane były dopiero po 22 grudnia 2011 r. Także Odwołujący nie twierdził, iż można je było uzyskać we wcześniejszej dacie. Termin składania wniosków upłynął 22 marca 2012 r. Wykonawcy na potwierdzenie niekaralności w tym zakresie winni byli złożyć stosowne dokumenty wydane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków, tj. 22 września 2011 r. Znowelizowane hiszpańskie przepisy weszły w życie 22 grudnia 2012 r. Oznacza to zatem, iż w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający musiałby uznawać oświadczenia złożone przed notariuszem sprzed daty wejścia w życie nowelizacji (zaświadczeń wówczas nie wydawano, co jest bezsporne), a równocześnie takim

207

samym oświadczeniom złożonym po 22 grudnia 2011 r. odmawiać wiarygodności. W ocenie Izby słusznym jest w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, iż trudno takie odmienne traktowanie takich samych oświadczeń przedłożonych w tym samym postępowaniu uznawać za zasadne czy celowe tylko z tego względu, że jedno z nich zostało złożone 4 miesiące, a drugie 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków, kiedy to rozpoczęto ich wydawanie. Brak jest także podstaw dla uznania, iż nowelizacja hiszpańskich przepisów w ogóle pozbawia wykonawców prawa do przedłożenia oświadczeń sprzed daty wejścia w życie przepisów (22 grudnia 2011 r.), lecz mogą oni od tej daty posługiwać się wyłącznie zaświadczeniami, co stanowiłoby ograniczenia uprawnienia przyznanego innym podmiotom, które mogłyby przedstawiać dokumenty z okresu 6 miesięcy (oświadczenia i zaświadczenia). W ocenie Izby wymóg złożenia zaświadczeń odnoszących się do braku zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy sytuacji, gdy takie dokumenty są wydawane, przy czym zasadnym jest uznanie, iż muszą być one wydawane przez cały ustalony polskimi przepisami okres ich ważności, tj. 6 miesięcy, aby zrównać sytuację wszystkich wykonawców

w Postępowaniu. W przeciwnym razie mogłoby dojść do tego, że wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów co do braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, przedstawi takie samo w treści oświadczenie, ale złożone w innej, wcześniejszej dacie. W ocenie Izby brak jest przesłanek, iż nie mógłby tak uczynić, skoro przepisy polskie przewidują 6 miesięczny okres ważności dokumentu. Trudno przyjąć, iż w takiej sytuacji wykonawca wobec zmienionych w Hiszpanii przepisów musiałby legitymować się wyłącznie zaświadczeniem, choć wydawane były one tylko przez trzy miesiące z sześciu. Zdaniem Izby należy uwzględnić cel, dla którego dokument jest składany, tj. potwierdzenie faktu niekaralności podmiotu ubiegającego się o zamówienie, a nie aspekt wyłącznie formalny. Kwestią wtórną jest rodzaj dokumentu, przy pomocy którego dany wykonawca wykaże, że fakt popełnienia przez niego określonego przestępstwa nie nastąpił. Oświadczenie ze swej istoty nie jest bowiem „gorszym” środkiem dowodowym. Tym samym, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia co do stanu prawnego i faktycznego, a także fakt, że ani Odwołujący ani żaden inny wykonawca nie zakwestionował zgodności z prawdą złożonych oświadczeń, Izba stwierdza, że w świetle tych okoliczności, przedstawienie przez wskazane podmioty hiszpańskie oświadczenia przed notariuszem o braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp są w tych okolicznościach Postępowania wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu i nie stanowią ani podstawy do wykluczenia ani obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z 21 maja 2012 r. sygn. akt KIO 873/12, KIO 884/12, KIO 885/12, KIO 886/12 oraz w wyroku z 22 czerwca 2012 r. sygn. akt

208

KIO 1201/12 w odpowiadających stanach faktycznych. Tym samym zarzut Odwołującego należy uznać za chybiony.

Zarzut dotyczący wadliwości oświadczenia o niekaralności spółki INITEC ENERGIA S.A. przedstawionego we wniosku Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC, gdyż nie zostało złożone przed notariuszem, a zatem nie potwierdza w prawidłowy sposób braku podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, należy uznać za słuszny. Zgodnie z brzmieniem § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1 (tu: dokumentu potwierdzającego, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie - § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c), zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Możliwość zastąpienia dokumentu oświadczeniem wymaga zatem, aby było ono złożone przed notariuszem lub stosownym organem. W ocenie Izby oświadczenie spółki INITEC ENERGIA S.A. przedstawione we wniosku Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC dla potwierdzenia powołanego powyżej braku podstaw do wykluczenia istotnie nie spełnia wymogu oświadczenia złożonego przed notariuszem. Słusznie zauważał Odwołujący, iż dla przyjęcia, iż oświadczenie zostało złożone przed notariuszem niezbędną jest stawiennictwo przed notariuszem osoby składającej oświadczenie i złożenie go w jego obecności. Tymczasem z treści przedłożonego we wniosku Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC oświadczenia wynika, że zostało ono złożone w dacie 18 stycznia 2012 r. (opatrzone jest taką datą), natomiast notariusz potwierdził jedynie, iż podpis zawarty pod oświadczeniem należy do Pani Teresy Celestion de la Iglesia, przy czym potwierdzenie powyższe dokonane zostało bez obecności tej osoby przed notariuszem, lecz, jak wynika z treści poświadczenia notarialnego, notariusz uczynił to w oparciu o porównanie z innym podpisem legalizowanym znajdującym się na dokumencie zredagowanym w języku angielskim. Poświadczenie podpisu zostało opatrzone datą 19 stycznia 2012 r., co jednoznacznie wskazuje na okoliczność, iż samo oświadczenie nie zostało złożone w obecności notariusza. Nie spełnia zatem wymagań rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Powyższe naruszenie pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ dotyczy wykonawcy, który nie zakwalifikował się do grona wykonawców zaproszonych do dalszego etapu Postępowania. Izba nie uwzględniła żadnych zarzutów, które mogłyby skutkować koniecznością powtórzenia procedury oceny wniosków, odwołanie Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC zostało odrzucone

postanowieniem z dnia 13 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1045/12, tym samym brak wpływu faktycznego czy potencjalnego na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co warunkuje dopuszczalność uwzględnienia odwołania w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

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

KIO 1038/12

Izba uznała, iż odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, nie stwierdzono podstaw do odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwolujący spełnia także przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym Ogłoszenie o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w szczególności wniosek złożony przez Odwołującego oraz Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum Abener, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera, Konsorcjum Control Process-CP Trade-INITEC, raport Doradcy Technicznego dla Komisji Przetargowej przy PGE GiEK dotyczący oceny wniosków złożonych przez wykonawców w postępowaniu „Budowa nowego bloku gazowo-parowego w PGE GiEK SA Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz”, badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, opinię sporządzoną przez p. Dariusza Kobę z Centrum Zamówień Publicznych sp. z o.o., odwołanie, zgłoszenia przystąpień, dokumenty dotyczące prawa hiszpańskiego wraz z tłumaczeniem: kodeks karny (art. 33, art. 262), dekret królewski nr 95/2009 z dnia 6 lutego 2009 r. regulujący system pomocniczych rejestrów urzędowych wymiaru sprawiedliwości, dekret królewski nr 1611/2011 z dnia 14 listopada 2011 r. zmieniający dekret królewski nr 95/2009 z dnia 6 lutego 2009 r. regulujący system pomocniczych rejestrów urzędowych wymiaru sprawiedliwości (fragmenty), pismo Przystępującego Konsorcjum GE-Iberdrola z 14 i 25 czerwca 2012 r., pismo z 6 czerwca 2012 r. Konsorcjum Abener, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z 6 czerwca 2012 r.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo, Konsorcjum Stalbud Tarnów -

210

Tecnicas Reunidas, Konsorcjum Control Process-CP Trade- INITEC, z uwagi na spełnienie warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwolujący oświadczył, iż cofa zarzuty odwołania, za wyjątkiem zarzutów dotyczących wadliwości wykazania przez Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera oraz Konsorcjum Abener braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, gdyż dla konsorcjantów będących spółkami hiszpańskimi przedstawiono oświadczenia przed notariuszem w zakresie tej przesłanki, choć w Hiszpanii wydaje się urzędowe zaświadczenia oraz zarzut ewentualny w odniesieniu do Konsorcjum Abener na wypadek nieuznania przez Izbę, iż Konsorcjum Abener obciążał obowiązek przedłożenia urzędowego zaświadczenia poświadczającego nieorzeczenie zakazu ubiegania się o zamówienie, dotyczący braku we wniosku Konsorcjum Abener oświadczeń, że wobec członków Konsorcjum Abener – Abener Energia S.A. i Abener Ghenova Ingenieria S.L. – nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Przedłożone oświadczenia odnoszą się do nieorzeczenia zakazu zawierania umów z administracją publiczną, a nie zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, zatem oświadczenia te nie potwierdzają w sposób należyty braku podstaw wykluczenia Konsorcjum Abener z Postępowania.

W zakresie pierwszego zarzutu, tj. wadliwości wykazania przez Konsorcjum GE-Iberdrola, Konsorcjum POL-AQUA-Dragados-Duro Felguera oraz Konsorcjum Abener braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, gdyż dla konsorcjantów będących spółkami hiszpańskimi przedstawiono oświadczenia przed notariuszem w zakresie tej przesłanki, choć w Hiszpanii wydaje się urzędowe zaświadczenia, Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w analogicznym zakresie w sprawie sygn. akt KIO 1037/12, uznając, iż przedłożone oświadczenia przed notariuszem są wystarczające dla potwierdzenia, iż wykonawcy wykazali brak podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w

odniesieniu do konsorcjantów hiszpańskich. Argumentacja przedstawiona w sprawie KIO 1037/12 jest analogiczna, gdyż sam zarzut oraz okoliczności faktyczne i prawne są tożsame.

Odwolujący zgłosił zarzut ewentualny w odniesieniu do Konsorcjum Abener na wypadek nieuznania przez Izbę, iż Konsorcjum Abener obciążał obowiązek przedłożenia urzędowego zaświadczenia poświadczającego nieorzeczenie zakazu ubiegania się o zamówienie, dotyczący braku we wniosku Konsorcjum Abener oświadczeń, że wobec członków Konsorcjum Abener – Abener Energia S.A. i Abener Ghenova Ingenieria S.L. – nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Przedłożone oświadczenia odnoszą się do nieorzeczenia zakazu zawierania umów z administracją publiczną, a nie zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, zatem oświadczenia te nie potwierdzają w sposób

211

należyty braku podstaw wykluczenia Konsorcjum Abener z Postępowania. Zdaniem Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Jak bowiem wskazywało Konsorcjum Abener w Hiszpanii nie orzeka się zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne (co byłoby zgodne z terminologią używaną w prawie polskim), a zakaz zawierania umów z administracją publiczną. Taką karę przewiduje art. 33 ust. 7 pkt f Hiszpańskiego Kodeksu Karnego jako orzekaną wobec osób prawnych. Konsorcjum Abener podkreślało, że zakaz ten jest jedynym, a zarazem najdalej idącym środkiem karnym penalizującym ubieganie się o zamówienie. Konsorcjum Abener wyjaśniało, iż zastosowana w jego oświadczeniu terminologia, jak również ta wynikająca z art. 33 ust. 7 pkt f Hiszpańskiego Kodeksu Karnego nawiązują do terminologii, którą posługuje się ustawa Ley 30/2007 de Contratos del Sector Publico stanowiącą odpowiednik ustawy Pzp, a której nazwę przetłumaczyć można jako „Ustawa 30/2007 o umowach w sektorze publicznym). Z art. 2 ust. 1 tej ustawy wynika, że ma ona zastosowanie nie do umów o zamówienia publiczne, lecz do umów zawieranych z sektorem publicznym. Art. 49 ustawy stanowi w jakich przypadkach wykonawca nie może zawierać umów z sektorem publicznym. Powyższe oznacza, że Konsorcjum Abener złożyło oświadczenia zgodne z terminologią obowiązującą w Hiszpanii, a różnice terminologiczne zawarte w tłumaczeniu art. 33 ust. 7 pkt f Hiszpańskiego Kodeksu Karnego w dokumentach złożonych przez Odwołującego i Konsorcjum Abener wynika z posłużenia się przez tłumaczy odmiennymi sformułowaniami na to samo hiszpańskie określenie (Odwołujący: „zamówienia z sektora publicznego”, Konsorcjum Abener, Konsorcjum GE-Iberdrola: „umowy z jednostkami sektora publicznego”). Izba podziela stanowisko Konsorcjum Abener, iż biorąc pod uwagę zbliżoną terminologię prawa hiszpańskiego i art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp cel obu zakazów jest taki sam, gdyż zmierzają do eliminacji podmiotów, które nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego. Izba zauważa, iż celem przedstawienia oświadczenia jest potwierdzenie wiarygodności wykonawcy, a zatem aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie brał udziału wykonawca, który nie posiada takiej możliwości w kraju swojej siedziby z uwagi na orzeczone wobec niego zakazy (w Hiszpanii – zakaz zawierania umów z sektorem publicznym). Zdaniem Izby słusznie zauważał Zamawiający, iż zakres oświadczeń zawartych we wniosku Konsorcjum Abener jest bardzo szeroki i obejmuje przypadki, które zgodnie z prawem hiszpańskim mogą być przedmiotem orzeczenia dyskwalifikującym podmiot z możliwości pozyskania zamówienia publicznego (zawarcia umowy z sektorem publicznym) w kraju swojej siedziby: (...) *W trakcie uczestniczenia w jakiegokolwiek licytacji i w związku z wymaganiami w celu uczestniczenia w przetargach, licytacjach lub procedurach negocjacyjnych ogłoszonych przez Administrację Publiczną jakiegokolwiek szczebla (centralną, autonomiczną, prowincjonalną i lokalną), Organy Rządowe Wysp Kanaryjskich, Organizmy Autonomiczne oraz wszystkie rodzaje*

212

Stowarzyszeń Lokalnych i Wspólnot, jednostek Instytucyjnych, a także jakąkolwiek osobę publiczną lub prywatną, zarówno fizyczną jak i prawną, którymi spółka byłaby zainteresowana, zarówno w stosunku do spółki i jej Zarządców oraz jej Reprezentantów oraz osób występujących w jej imieniu, którzy są w pełni uprawnieni do przedstawiania i podpisywania propozycji lub ofert, nie zachodzi żadna z okoliczności niezdolności do zastosowania się do treści artykułów 49 i 50 Ustawy o Umowach w Sektorze Publicznym 30/2007 z dnia 30 października, a także ustawy regulującej umowy przyznawania koncesji na roboty publiczne 13/2003 z dnia 23 maja, a także wszystkich innych rozporządzeń uzasadniających lub mających zastosowanie.

Odwołujący nie dowiódł, a zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu obowiązek ten spoczywał właśnie na nim, iż w przedmiotowych oświadczeniach nie zostały ujęte okoliczności, które winny być zgodnie z prawem hiszpańskim ujęte, gdyż skutkują orzeczeniem zakazu ubiegania się o zamówienie (zakazem zawierania umów z sektorem publicznym) ani też że poprzez takie sformułowanie oświadczenia nie objął jego zakresem okoliczności, które byłyby objęte poprzez użycie sformułowania „nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne”.

Odwołujący w żaden sposób też nie dowodził, iż oświadczenie nie jest prawdziwe. Tym samym jednoznacznie należy stwierdzić, iż odwołanie się do reżimu własnego prawa i jego terminologii nie dyskwalifikuje oświadczenia Konsorcjum Abener. Celem tego wymogu nie jest bowiem zadośćuczynienie formalnemu wymogowi złożenia dokumentu o treści analogicznej jak w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, lecz potwierdzenie nim faktu niekaralności spółki. W ocenie Izby taki cel został osiągnięty, a zatem stawiany zarzut się nie potwierdził. Nie istnieje zatem podstawa ani do wykuczenia Konsorcjum Abener z Postępowania, ani wezwania do uzupełnienia oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Sygn. akt: KIO 1010/12

Sygn. akt: KIO 1034/12

Sygn. akt: KIO 1035/12

Sygn. akt: KIO 1037/12

Sygn. akt: KIO 1038/12

213

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący:

.....

.....

214