Sygn. akt: KIO 797/12

Sygn. akt: KIO 802/11

WYROK
z dnia 8 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Izabela Niedziałek-Bujak

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2012 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2012 r. do łącznego rozpoznania wniesionych:
A. w dniu 20.04.2012 r. przez wykonawcę **CONTROL PROCESS S.A, 30 – 733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16**
B. w dniu 20.04.2012 r. przez wykonawcę **Foster Wheeler Energia Polska Sp. z o.o., 00 – 828 Warszawa, Al. Jana Pawła II**
w postępowaniu prowadzonym przez **Spółka Energetyczna "Jastrzębie" S.A, 44 – 335 Jastrzębie Zdrój, ul. Rybnicka 6c**

przy udziale:
A. wykonawcy **Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A, 40 – 615 Katowice, ul. Gen. Z.W. Jankego 13** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 802/12 po stronie odwołującego
B. wykonawcy **BUDIMEX S.A, 01 – 040 Warszawa, ul. Stawki 40** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 802/12 po stronie zamawiającego

---

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ENERGOINSTAL S.A, Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o., Piecexport-Piecbud S.A, 40 – 203 Katowice, Al. Roździeńskiego 188D** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 802/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. A. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę **CONTROL PROCESS S.A, z siedzibą w Krakowie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,

B. Oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **Foster Wheeler Energia Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Spółkę Energetyczną "Jastrzębie" S.A, z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju i Foster Wheeler Energia Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych) uiszczoną przez **CONTROL PROCESS S.A, z siedzibą w Krakowie** i **Foster Wheeler Energia Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od **Spółki Energetycznej "Jastrzębie" S.A, z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju** na rzecz **CONTROL PROCESS S.A, z siedzibą w Krakowie** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika strony.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach.**

Przewodniczący: ……

……

..……..

3

Sygn. akt: KIO 797/12

Sygn. akt: KIO 802/11

Uzasadnienie

Spółka Energetyczna „JASTRZĘBIE" S.A. (dalej jako: zamawiający) prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie na: „Budowę kogeneracyjnego bloku fluidalnego CFB o mocy zainstalowanej brutto ok. 75 MWe w EC Zofiówka w SEJ S.A."
Ogłoszenia o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 22-036006 2 marca 2012 r.

Sygn. akt. KIO 797/12

Control Process S.A. w Krakowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:
- bezpodstawnym uznaniu, iż dokumenty złożone przez Odwołującego nie spełniają wymagań formalnych określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz są niezgodne z obowiązującymi przepisami co do formy dokumentów a w konsekwencji bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania
- zaniechaniu dokonania oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, oceny punktowej spełniania przez Odwołującego ww warunków oraz zaniechaniu zakwalifikowania Odwołującego do udziału w negocjacjach

Zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy pzp oraz § 6 ust.2 w zw. z §1 ust. 2 i 3 Rozporządzenia PRM z 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności nakazanie dokonania ponownego wykluczenia Odwołującego z postępowania,

badania i oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku odwołującego, w tym oceny punktowej spełniania warunków oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej kwalifikacji wykonawców z uwzględnieniem odwołującego.

Z ostrożności wobec braku informacji w przedmiocie zaproszenia wykonawców do udziału w negocjacjach odwołujący wnosi o unieważnienie ww czynności jeśli została dokonana.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach upłynął w dniu 1 marca 2012 r. Wnioski złożyło 10 wykonawców, w tym Odwołujący.

4

W dniu 30 marca 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonego wniosku i w wyznaczonym terminie żądane dokumenty zostały uzupełnione.
W dniu 10 kwietnia 2012 r. Zamawiający przesłał informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z zawiadomieniem o wykluczeniu odwołującego. W

uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający zarzucił Odwołującemu, iż złożone przezeń w uzupełnieniu wniosku dokumenty nie spełniają wymagań formalnych określonych w ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym. Zamawiający powołał się na dyspozycję § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i stwierdził, iż złożone dokumenty podmiotów trzecich, na wiedzy i doświadczenie których odwołujący polegał zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b pzp, zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Odwołującego, a nie przez te podmioty.
W ocenie Zamawiającego powyższe powoduje przesądza o niepotwierdzeniu spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający przywołał orzeczenia KIO, w których Izba dokonała wykładni § 6 ust. 2 rozporządzenia.
Odwołujący nie zgadza się z takim stanowiskiem Zamawiającego.
Odwołujący podkreśla, iż to ustawodawca, nie zaś Zamawiający określił w sposób wiążący warunki formalne dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców. Stąd powoływanie się Zamawiającego na niespełnienie przez dokumenty dostarczone przez Odwołującego wymagań formalnych określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu jest nieskuteczne jeśli wymagania te są niezgodne z warunkami opisanymi w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów.
W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył w istotny sposób przepisy ustawy pzp, oraz przepisy rozporządzenia w szczególności dotyczące oceny wniosków, oceny prawidłowości formy dokumentów złożonych przez Odwołującego oraz oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dokonanie wykluczenia Odwołującego bez merytorycznej oceny spełniania przezeń warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem powszechnie obowiązujących przepisów dotyczących formy dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawców jest niezasadne.
Dokumenty, których formę zakwestionował Zamawiający to:
- dokumenty potwierdzające, iż roboty wskazane w wykazie robót - załączniku do wniosku-zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone tj. referencje, protokoły odbioru
- dokumenty poświadczające, że osoba/-y podpisujące zobowiązanie do udostępnienia potencjału były do tego uprawnione

Nie są to dokumenty, do których znajduje zastosowanie nakaz co do formy ich złożenia, w szczególności podmiotu uprawnionego do potwierdzania ich kopii za zgodność z oryginałem opisany w § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów,
Zgodnie z dyspozycją ww przepisu w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 cyt rozporządzenia, kopie dokumentów dotyczących (...) tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty.
Zgodnie z dyspozycją §1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów do którego odsyła przepis § 6 ust. 2 jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2.
Nie chodzi zatem o wszystkie dokumenty podmiotu trzeciego, a o dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania wskazane w § 2 rozporządzenie, składane na żądanie zamawiającego w sytuacji gdy podmioty trzecie, udostępniające wykonawcy wiedzę i doświadczenie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.
W tym miejscu Odwołujący podkreśla stanowczo, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu:
- nie żądał wskazania części robót jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy (w tym podmiotowi trzeciemu udostępniającemu potencjał)
- nie żądał złożenia w odniesieniu do podmiotów trzecich dokumentów, o których mowa w § 2 rozporządzenia.
Dokumenty, których formę kwestionuje Zamawiający, czyli dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone są dokumentami opisanymi w §1 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia.
Tym samym nie znajduje do nich zastosowania § 6 ust. 2 rozporządzenia. Wskazał na wyrok

KIO 1611/11: „Referencje należą do kategorii dokumentów wymienionych w §1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia (...) i tym samym powoływany § 6 ust. 2 rozporządzenia nie ma do nich zastosowania." Dokumenty potwierdzające, że osoby podpisujące zobowiązanie do udostępnienia zasobów były do tego upoważnione nie znajdują się w katalogu dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców zawartym w rozporządzeniu. Odwołujący zwraca uwagę, iż wspomniane dokumenty są zbędne z punktu widzenia prawidłowego przeprowadzenia postępowania, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO. „Konieczność weryfikacji skuteczności złożonych przez podmioty trzecie oświadczeń woli, nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach prawa. Ustawodawca uznał za wystarczającą dla zamawiającego ochronę przed fikcyjnym korzystaniem z cudzych zasobów w postaci

możliwości żądania dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia (§ 1 ust. 2 w związku z § 2 rozporządzenia (KIO 2513/11).
Reasumując: złożenie przez Odwołującego dokumentów referencji oraz protokołów odbioru robót zrealizowanych przez podmioty trzecie, na wiedzy i doświadczeniu których odwołujący polega, w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę nie stanowi naruszenia wymogu co do formy dokumentów opisanego w § 6 ust. 2 rozporządzenia, gdyż przepis ten nie znajduje do nich zastosowania. Zatem wykluczenie Odwołującego z postępowania z powołaniem na niewłaściwą formę złożonych dokumentów zostało dokonane z naruszeniem prawa. Złożone przez odwołującego dokumenty potwierdzające umocowanie osób podpisujących w imieniu podmiotów trzecich zobowiązanie do udostępnienia zasobów to dokumenty zbędne z punktu widzenia art. 25 ust. 1 pzp, nieujęte w katalogu dokumentów zawartych w rozporządzeniu. Poświadczenie ich kopii za zgodność z oryginałem przez Odwołującego nie stanowi naruszenia wymogu co do formy dokumentów opisanego w § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, gdyż przepis ten nie znajduje do nich zastosowania. Zatem wykluczenie odwołującego z postępowania z powołaniem na niewłaściwą formę złożonych dokumentów zostało dokonane z naruszeniem prawa.
Dokumenty złożone przez odwołującego wraz z wnioskiem potwierdzają spełnienie nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu ale i pozwalają na zajęcie wysokiego miejsca w rankingu wykonawców dopuszczonych do negocjacji. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia zaś naruszenia przepisów przez Zamawiającego powodują, iż może on ponieść szkodę.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że w odpowiedzi na jego wezwanie odwołujący złożył oświadczenia o udostępnieniu mu zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy pzp przez podmioty trzecie oraz kopie dokumentów poświadczających, że osoby podpisujące oświadczenia o udostępnieniu zasobów były do tego uprawnione i kopie dokumentów potwierdzających, że roboty wskazane w wykazie robót zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone tj referencje, protokoły odbioru (pismo odwołującego z dnia 26.03.2012 r.). Wszystkie wymienione kopie dokumentów zostały poświadczone za zgodność z oryginałami dokumentów przez osobę reprezentującą wykonawcę – pana Pawła Bargiela. Zamawiający zauważa, że pan Paweł Bargiel nie jest umocowany do reprezentowania podmiotów udostępniających zasoby, a odwołujący tej okoliczności nie kwestionuje.
Zamawiający stwierdził, że kopie dokumentów złożone przez odwołującego nie spełniają wymagań formalnych określonych rozporządzeniem PRM z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (…), które ma zastosowanie do dokumentów złożonych przez

wykonawcę. Stwierdził, że treść ogłoszenia jest zgodna z przepisami rozporządzenia, w szczególności postanowienia punktu 7 Sekcji VI.3 ogłoszenia jest zgodna z § 6 ust. 2 rozporządzenia. Wskazał, że z orzecznictwa KIO wynika, iż kopie dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy zasoby w trybie art. 26 ust. 2b ustawy są poświadczane za zgodność z oryginałami przez ten podmiot trzeci i nie mogą być poświadczane przez wykonawcę (wyroki KIO 1161/10, 2037/10, 786/11, 797/11).
Zamawiający wskazał na treść ogłoszenia, w którym wprost stwierdzono, że „jeżeli

wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów (…) kopie dokumentów dotyczących tych podiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez te podmioty."
Zamawiający zarzucił odwołującemu błędną interpretację przepisów rozporządzenia w sprawie dokumenów.

Sygn. akt. KIO 802/12
Odwołujący Foster Wheeler Energia Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie złożył odwołanie wobec od czynności podjętej przez Zamawiającego w toku postępowania.
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 57 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie rzetelnej oceny wniosków o dopuszczenie do .udziału w postępowaniu,
2) art. 24 ust. 2 pkt. 3 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania i niewykluczenie z postępowania wykonawcy Budimex S.A. z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania
3) art. 24. ust. 2 pkt. 4) poprzez zaniechanie jego stosowania i niewykluczenie z postępowania Energoinstal S.A.,z powodu nie wykazania przez nich spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,
4) art. 57 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez niepoinformowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób wyczerpujący o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków,
5) art. 7 ust. 1 PZP, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
Mając na uwadze powyższe Odwołujący żąda nakazania Zamawiającemu:
1) wykluczenia z postępowania wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,
2) powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowania przez wykonawców i w jego wyniku uznanie, iż Konsorcjum Energoinstal S.A. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz że wykonawca ten nie kwalifikuje się do dalszego etapu postępowania.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący stwierdził.
Z oceny spełnienia warunków udziału wynika, że najwyższą punktację otrzymali Wykonawcy - Budimex S.A. oraz Konsorcjum Energoinstal S.A., którzy powołali się na wiedzę i doświadczenie innych podmiotów, na potwierdzenie czego przedstawili dokumenty referencyjne, przy czym referencje te nie odzwierciedlały zakresu prac wymaganego przez Zamawiającego jako warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu.
Interes Odwołującego w podejmowaniu środków ochrony prawnej przejawia się w tym, że wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący, w wyniku nierzetelnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, otrzymał niższą punktację aniżeli wykonawcy, którzy podali nieprawdziwe informacje w zakresie kwalifikacji technicznych. Poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący pozbawiony został możliwości należytej ochrony swoich praw.
Analiza wyników postępowania wskazuje na nierzetelną ocenę dokumentów referencyjnych.
Z treści ogłoszenia wynika, że podstawowym kryterium kwalifikacyjnym jakie przyjął Zamawiający było spełnienie kwalifikacji technicznych polegające na wykazaniu się posiadanym doświadczeniem w zakresie realizacji zadań w przedmiocie budowy bloku ciepłowniczego lub kotła fluidalnego, o zakresie prac odpowiadających przedmiotowi zamówienia objętego Postępowaniem.
Zamawiający w punkcie III.2.3.ogłoszenia o zamówieniu, w pod nazwą „Kwalifikacje techniczne" określił warunki, które muszą spełniać ubiegający się o udzielenia zamówienia Wykonawcy. Jednym z tych warunków jest złożenie przez Wykonawców: wykazu wykonanych zadań referencyjnych potwierdzających , że dany Wykonawca:
„ ppkt. la) w okresie ostatnich 6 (sześciu) lat przed terminem składania Wniosków, zrealizował przynajmniej jedno zamówienie w formule „pod klucz" obejmujące zaprojektowanie, dostawę, wykonanie robót budowlanych, montaż i rozruch zakończony przejęciem do eksploatacji bloku kogeneracyjnego o mocy elektrycznej i produkcji ciepła brutto przynajmniej 50 MWe (przy pracy turbozespołu w trybie kondensacji) i 85 MWt (przy

pracy z maksymalnym współczynnikiem skojarzenia), wyposażonego w kocioł fluidalny opalany paliwem stałym. Za zrealizowanie będzie uważane zamówienie dla bloku, który został przejęty do eksploatacji w okresie ostatnich 6 lat przed terminem składania Wniosków,
lub
Ib) w okresie ostatnich 6 (sześciu) lat przed terminem składania Wniosków, zrealizowali przynajmniej jedno zamówienie w formule pod klucz obejmujące zaprojektowanie, dostawę, wykonanie robót budowlanych, montaż i rozruch zakończony przejęciem do eksploatacji

części kotłowej bloku z kotłem fluidalnym opalanym paliwem stałym o mocy w paliwie nie mniejszej niż 155 MW.

Za zadanie wskazane w pkt. III.2.3 ppkt. Ia). Zamawiający przyznawał dwa punkty, za zadanie określone w ppkt. Ib) -jeden punkt. (pkt. VI.3. Ogłoszenia „Informacje dodatkowe" - s. 12.)
W świetle powyższego, opisany wyżej wymóg techniczny jest warunkiem w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP i jego niespełnienie przez któregokolwiek wykonawcę powinno skutkować wykluczeniem z postępowania.
Odwołujący podnosi co następuje:
1. Zarzut nierzetelnej oceny wniosków i zaniechania wykluczenia Budimex S.A. (ad. 1 i ad. 2)
Wykonawca Budimex S.A. w Warszawie, we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykazując spełnienie omawianego warunku, polegając na zasobach podmiotu trzeciego -spółki Mesto Power Oy - wskazał wykonanie przedmiotu zamówienia m.in. dla następujących podmiotów:
1) Archer Daniels Middland (ADM) , Columbia, Nebraska, USA - Instalacja dwóch kotłów fluidalnych
2) Archer Daniels Middland (ADM), Clinton, USA - Dostarczenie trzech kotłów fluidalnych
3) RoquetteAmerika, Inc. Keokuk, Iowa, USA,
4) Celuloza Auraco y Constitution S.A., Auraco mili, Chile.
Dowód: 1. Oświadczenie o udostępnieniu zasobów Metso Power Oydla Wykonawcy - Budimex S.A.
2. Wykaz zrealizowanych zadań referencyjnych przedłożonych przez spółkę Budimex S.A.
Z dokumentów potwierdzających wykonanie przedmiotu zamówienia przez powyższe podmioty w postaci listów referencyjnych wynika, że zakres przedmiotu zamówienia, zrealizowanego przez Wykonawcę Budimex S.A. nie obejmował montażu, a jedynie zaprojektowanie, dostawę oraz rozruch i przekazanie do eksploatacji kotłów fluidalnych.
I tak list referencyjny wystawiony dla spółki Metso Power Oy przez Archer Daniels Middland (ADM) w Colubus (Nebraska, USA) potwierdza że spółka Metso Power Oy dostarczyła dwa kotły fluidalne, przy czym zakres prac obejmował jedynie „zaprojektowanie, wyprodukowanie, dostawę oraz rozruch (...)".
Dowód: list referencyjny Archer Daniels Middland z siedzibą w Columbus (USA)
Z kolei spółka Archer Daniels Middland Company z siedzibą w Clinton (Clinton, USA) potwierdziła dostarczenie trzech kotłów fluidalnych, z zakresem prac obejmujących zaprojektowanie, wyprodukowanie oraz ich dostawę.

Dowód: List referencyjny Archer Daniels Middland z siedzibą w Clinton (USA)
Wskazana wyżej spółka Celuloza Arauco y Constitution S.A. z siedzibą w Las Condez - Santiago (Chile) również potwierdziła zaprojektowanie, wyprodukowanie, dostawę, rozruch oraz przekazanie do eksploatacji kotła fluidalnego.
Dowód: List referencyjny Celuloza Arauco y Constitution S.A.
Podobnie opisuje i potwierdza zakres prac wykonanych przez Metso Power Oy, spółka Roquette Amerika, (Iowa, USA
Dowód: List referencyjny spółki Roquette America Inc.
Powyższe informacje wynikają także z zestawienia, Odwołujący zauważa więc, iż zakres

prac dla żadnego z w/w podmiotów nie obejmował wymaganego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu „montażu", a jedynie: zaprojektowanie, produkcję, dostawę, rozruch oraz przekazanie do eksploatacji kotłów fluidalnych dla danego użytkownika. Z informacji posiadanych przez Wykonawcę że wynika, że dla podmiotów: Archer Daniels Midland Co oraz Roquette America Generalnym wykonawcą całości prac „pod klucz" były inne podmioty (Boldt, Bowker, KBR). Zamawiający wątpliwości wskazanych powyżej nie wyjaśnił.

Oświadczenie wykonawcy Budimex S.A. o spełnieniu wymagań uprawniających go do ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia jest więc niezgodne z prawdą. Zatem wykonawca ten nie potwierdził wykonania zadań referencyjnych, które spełniałyby wymagania określone w pkt. 1A i 1 b) sekcji III. 2.3. pkt. Kwalifikacje techniczne i w konsekwencji jako nie spełniający warunków o których mowa w art. 2 ust. 1 PZP powinien zostać wykluczony.

Zadaniem Zamawiającego jest zweryfikowanie podanych przez wykonawców oświadczeń i faktów w nich powołanych, zaniechanie tej czynności stanowi wiec w ocenie Odwołującego się naruszenie art. 57 ust. 1 PZP.

II. Zarzut nierzetelnej oceny wniosków i zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, działających jako konsorcjum spółek Energoinstal S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Skobud sp. z o.o. i Piecexport - Piecbud S.A. (ad. 3 i ad. 4)

W dalszej kolejności Odwołujący podnosi, że Zamawiający zaniechał także rzetelnej i obiektywnej oceny wniosków złożonych w przedmiotowym Postępowaniu przez innych wykonawców działających wspólnie jako konsorcjum spółek Energoinstal, S.A., Skobud Sp. z o.o. oraz Piecexport - Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Piecbud S.A. (zwanym dalej : „Konsorcjum Energoinstal").

Wykonawcy ci usiłując wykazać spełnienie kwalifikacji technicznych określonych w sekcji III 2.3. pkt. la) Ogłoszenia powołali się również na zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia - innego podmiotu -spółki Metso Power Oy, przedstawiając wystawione dla tej spółki

---

dokumenty referencyjne, m.in. przez spółkę Celulosa Auraco y Constitution S.A. z siedzibą w Las Condez -Santiago (Chile).

Z listy referencyjnego wystawionego przez tą spółkę wynika, że zakres prac składający się na zadanie wykonane przez Metso Power Oy nie obejmował montażu kotła fluidalnego, zatem nie odpowiadał warunkowi dopuszczenia do udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych. list referencyjny wystawiony przez Celulosa Auraco y Constitution S.A., z siedzibą w Las Condez -Santiago (Chile)

Z powyższego względu również w przypadku w/w wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum Energoinstal S.A., wniosek ich o dopuszczenie do postępowania winien zostać wykluczony jako zawierający nieprawdziwe informacje, ze wskazaniem zakresu prac, które nie były przez nich wykonywane.

Dodatkowo podkreśla, iż grupa wnioskodawców wchodzących w skład Konsorcjum Energoinstal S.A. powołała się również na zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia innego podmiotu-spółki Andritz Energy & Environment GmbH. Dokument referencyjny wystawiony dla tego podmiotu przez elektrownię EnBW Propower GmbH potwierdzić miał realizację umowy na dostawę kotła fluidalnego opalanego paliwem stałym o mocy cieplnej 155 MW. Dowód: list referencyjny wystawiony przez elektrownię EnBW Propower GmbH.

Odwołujący zauważa, że te powyższe dane kotła są nieprawdziwe.

Wniosek taki wynika z obliczenia mocy cieplnej przy użyciu pozostałych danych kotła potrzebnych do dokonania takiego obliczenia, m.in. strumienia pary, (dane te są podane w sposób ogólnie dostępny na stronach internetowych dla EnBW Propower GmbH oraz w publikacjach marketingowych spółki Andritz Energy &Environment GmbH - opisujących stan techniczny tego kotła), oraz przy założeniu sprawności kotła na poziomie 90 % oraz temperatury wody zasilającej na poziomie dość niskim tj.135 ° C.

Z obliczeń stosowanych powszechnie w inżynierii energetycznej, wartość mocy cieplnej kotła wynosi 135,5MWth, co zostało przedstawione w załączonym dokumencie.

Wynik ten znacząco różni się od parametru podawanego zarówno w źródłach o charakterze informacyjno - marketingowym, jak i w przedmiotowym liście referencyjnym. W tym miejscu zwraca uwagę na fakt, że list referencyjny został błędnie przetłumaczony.

Dowód: publikacja dotycząca dostawy kotła do elektrowni EnBW - Propwer GmbH
Zatem wskazane informacje dotyczące kotła fluidalnego, dostarczonego przez spółkę Andritz Energy & Environment GmbH i jednocześnie podane w liście referencyjnym przez Konsorcjum Energoinstal są nieprawdziwe i z tych powodów, Wykonawcy ubiegający się wspólnie jako w/w konsorcjum winni zostać wykluczeni na podstawie art. 24 ustawy ust. 2 pkt. 4) PZP.
Dodatkowo, Odwołujący zauważa, że w/w wykonawcy powołali się na wiedzę i doświadczenie dwóch podmiotów -spółek Andritz i Metso Power Oy , których zakresy

działania wzajemnie się wykluczają, co powoduje, że jednoczesny udział obu tych podmiotów w realizacji zadania objętego Postępowaniem jest niemożliwy.
Dowód: zobowiązanie do udzielenia zasobów przez spółkę Andritz Energy & Environment GmbH wykaz zadań referencyjnych spółki Andritz Energy & Environmetn GmbH .
zobowiązanie do udzielenia zasobów przez spółkę Metso Power Oy wykaz zadań referencyjnych spółki Metso Power Oy
Wykaz zdań referencyjnych przedłożonych przez Konsorcjum Energoinstal S.A. w uzupełnieniu wniosku.
Odwołujący zauważa, że poleganie na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie w przyszłości wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Niezależnie zatem od charakteru prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobów, powołanie się jego referencje jest wtedy uzasadnione, gdy istnieje w przyszłości realna możliwość wykorzystania wiedzy i doświadczenia przez ten podmiot czy to w postaci bezpośredniego udziału tego podmiotu czy tylko użyczenia tych zasobów na czas realizacji zamówienia. Wniosek taki wynika z literalnego brzmienia art. 26 2 b) PZP, zgodnie z którym wykonawca winien jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zadania przez czas jego realizacji, apodmiot, który udostępnia swój potencjał - w rozumieniu art. 26 2b) PZP godzi się na wykorzystanie tego potencjału w przyszłości dla zrealizowania przedmiotowego zamówienia .
KIO w orzeczeniu z 13.10.2011 roku, wskazując, że i przepisu art. 26 ust. 2b PZP, 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 to miałoby służyć wyłącznie otrzymaniu przez danego wykonawcę większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców.2"
Odmienne stosowanie regulacji zawartej w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych naruszałoby przepis art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stawiałoby w uprzywilejowanej sytuacji tych wykonawców, którzy samodzielnie spełniając warunki udziału w postępowaniu, lub posiadający już udostępniony w wymaganym zakresie zasób od podmiotu trzeciego, przedkładaliby dodatkowe udostępnienia im odpowiedniego zasobu, tylko w celu podniesienia punktacji, a nie możliwości ich wykorzystania przy realizacji przedmiotu zamówienia. Prowadziłoby to w istocie, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 lipca 2010 r. KIO 1333/10 do „handlu referencjami"..

Powoływanie się wykonawcy się na wiedzę i doświadczenie wielu podmiotów, w sytuacji kiedy np. każdy z nich, wykonał podobny przedmiot zamówienia w innej technologii, powodowałoby sytuacje niemożliwości skorzystania z tych zasobów łącznie, a wiązałoby się to tylko z sytuacją poszukiwania przez wykonawców nie kolejnego wykonawcy który udostępni zasoby, lecz „dostawcy referencji".
Oznacza to, że skoro ze względów technologicznych niemożliwe jest zrealizowanie przedmiotowego zamówienia przez oba podmioty jednocześnie, których zakresy działania nie tylko się nie uzupełniają ale wykluczają wzajemnie, należy uznać, że referencje zostały przedłożone przez w/w wykonawców jedynie w celu uzyskania najwyższej punktacji bez odniesienia do rzeczywistego udziału tych podmiotów w wykonaniu zadania i jako

nieprawdziwe, referencje te nie powinny w ogóle podlegać ocenie Zamawiającego. Odmienna sytuacja byłaby możliwa wyłącznie w przypadku gdyby takie podmioty należały przykładowo do jednej grupy kapitałowej i współpraca dwóch lub więcej takich podmiotów była by prawdopodobna. Podmioty wskazane we wniosku konsorcjum Energoinstal S.A. konkurują ze sobą na rynku i tym bardziej nieprawdopodobny jest przypadek jakiejkolwiek ich współpracy przy realizacji jednego zamówienia.
Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z innym wyrokiem KIO, z dnia 20 stycznia 2012 roku, Zamawiający nie może domniemywać wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, to wykonawca zobowiązany jest w sposób zdefiniowany ustawą wykazać spełnianie warunków. Z drugiej strony w powyższym wyroku, KIO stwierdziło, że obowiązkowi temu odpowiada jednak wyrażona w art. 7 ust. 1 p.z.p. konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. W praktyce oznacza to, iż zamawiający zobowiązany jest wyjaśnić wszelkie wątpliwości dotyczące złożonych wraz z ofertą dokumentów (oświadczeń) w zakresie dotyczącym wykazania spełniania warunków udziału w postępowania (art. 26 ust. 4 p.z.p.), a także w przypadku stwierdzenia, iż wykonawca w terminie nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. lub złożył wymagane dokumenty i oświadczenia, o których owa w art. 25 ust. 1 p.z.p. zawierające błędy, wezwać go do ich złożenia (art. 26 ust. 3 p.z.p.)
Mając na uwadze powyższe, trzeba zauważyć, ze Zamawiający winien wykazać szczególną staranność w wyjaśnieniu charakteru udziału wskazanych podmiotów na których zasoby powołuje się wykonawca. Wykonawca zaś winien w szczegółowy sposób wykazać w jaki sposób takie podmioty wezmą udział w postępowaniu.
Natomiast, w sytuacji, gdy brak w ogóle informacji o zaangażowaniu podmiotu udzielającego doświadczenie w realizację zamówienia, zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko

zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem." Wobec powyższego uznać należy, że Energoinstal S.A. nie udowodnił, że będzie dysponował odpowiednimi zasobami.
Uznanie przedłożonych przez w/w wykonawców referencji przez Zamawiającego jako niespełniających ustawowego warunku stanowi więc w ocenie odwołującego działanie naruszające zasadę uczciwej konkurencji co w rezultacie prowadzi do nierównego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego – ZRE Katowice S.A. w Katowicach wniósł o uwzględnienie odwołania uznając zarzuty za trafne i uzasadnione w stanie faktycznym i prawnym. Stwierdził, że zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp nie wykluczając z postępowania wykonawców Budimex S.A. w Warszawie oraz konsorcjum spółek Energoinstal S.A. w Katowicach, Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. w Żywcu i Piecexport-Piecbud S.A. w Dąbrowie Górniczej, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 57 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Stwierdził, że odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy pzp uprawniających go do wniesienia odwołania. Wskazał, że odwołujący pominął fakt, że kwestionowane przez odwołującego czynności zamawiającego nie mają wpływu na fakt zaproszenia odwołującego do złożenia oferty wstępnej, a odwołujący znajduje się w grupie wykonawców zaproszonych. Zauważył, że odwołujący jest podmiotem, który otrzymał ocenę punktową spełniania warunków zdolności technicznej w wysokości 6 punktów; taką samą ocenę otrzymało 5 innych wykonawców, Budimex otrzymał 12 pkt, Energoinstal 8. Wszyscy ci wykonawc w liczbie 8 zostali zaproszeni do złożenia oferty wstępnej. Zauważył także, iż odwołujący i pozostałych 5 wykonawców, którzy uzyskali 6 punktów, posługując się w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej tym samymi zadaniami referencyjnymi; zadania te zostały wykonane przez odwołującego oraz spółkę z grupy kapitałowej odwołującego (Foster Wheeler Energia Oy), którzy w trybie art. 26 ust. 2b udostępnili zasoby pozostałym 5 wykonawcom. Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wykazał, że poniósł lub może

ponieść szkodę pozostającą w adekwatnym związku przyczynowym z czynnościami zamawiającego. Niezależnie od powyższego zamawiający zauważył, że odwołanie należy uznać za przedwczesne, a konsekwencji podlega oddaleniu.
Odnosząc się do zarzutów podniesionych wobec wykonawcy Budimex zamawiający stwierdził, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu niezależnie od oceny listów referencyjnych i nie ma podstaw do uznania informacji za nieprawdziwe. Zamawiający

stwierdził, ze odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów nieprawdziwości oświadczeń złożonych przez Budimex.
Odnośnie oceny wniosku Energoinstal zamawiający stwierdził, że zarzut odwołującego jest niezasadny, w tym dot. treści listu referencyjnego wystawionego przez spółkę Celulosa Auraco y Constitution S.A., z uwagi na analogiczne okoliczności, jak w przypadku dokumentów z wniosku Budimex. Wskazał na orzecznictwo Izby dot. listów referencyjnych i stwierdził, że istotne SA informacje zawarte w wykazie usług, a referencje nie muszą dokładnie odzwierciedlać wszystkich informacji z wykazu.
Zamawiający stwierdził, że zarzut podania przez Energoinstal nieprawdziwych informacji dotyczących zamówienia wykonanego przez „Andritz" jest niezasadny. Wyliczenia dokonane przez odwołującego są w ocenie zamawiającego nierzetelne, oparte na arbitralnie przyjętych czynnikach, a przed wszystkim dotyczą niewłaściwego parametru technicznego wykonanego kotła. Zamawiający wskazał, że warunek sformułowany w ogłoszeniu dotyczył parametru „mocy w paliwie", a zarzut odwołania oparty jest na twierdzeniu o nieprawdziwych danych dotyczących „mocy cieplnej" kotła, a są to dwa różne parametry techniczne. List referencyjny złozony przez Energoinstal dotyczy wymaganego parametru „mocy w paliwie" z tym zastrzeżeniem, że jego tłumaczenie na język polski zawiera pomyłkę łatwą do zweryfikowania przez personel zamawiającego – oryginalny dokument referencji posługuje się bowiem sformułowaniem „heat fuel input". Zamawiający przedstawił analizę załącznika do odwołania sporządzoną przez swojego doradcę technicznego, z której wynika, że wymagany treścią ogłoszenia warunek mocy w paliwie został spełniony.
Zamawiający podkreślił, że dla wykluczenia wykonawcy niezbędne jest udowodnienie złożenia informacji nieprawdziwej, a uprawdopodnienie sugerowane przez odwołującego opierane na doniesieniach medialnych, które nie odzwierciedlają stanu faktycznego oraz własnych nieprecyzyjnych wyliczeniach jest niedopuszczalne. W ocenie zamawiającego odwołujący chcąc wyeliminować wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu oraz uzyskali wyższą niż on ocenę punktową, przyjął z góry określoną tezę o braku dokumentów potwierdzających wykonany zakres prac i próbując znaleźć dla niej potwierdzenie, stara się uzasadnić treścią złożonych dokumentów.
Zamawiający wskazał ponadto na niezasadność zarzutu dotyczącego jednoczesnego powoływania się przez Energoinstal na doświadczenie Metsp o Andritz. Zamawiający stwierdził, że wykonanie podobnego przedmiotu zamówienia przez wykonawców udostępniających wiedzę i doświadczenie potwierdza podobne doświadczenie tych podmiotów, nie oznacza jednak że podmioty te nie mogą ze sobą współpracować i uzupełniać się w określonym zakresie przy realizacji zadania inwestycyjnego.

W świetle przedstawionej argumentacji zamawiający stwierdził, że niezasadne są zarzuty nierzetelnej oceny wniosków przystępujących do postępowania odwoławczego po jego stronie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – Budimex S.A. w Warszawie wniósł o oddalenie odwołania wniesionego przez Foster Wheeler Energia Polska Sp. z o.o. Wskazał, że otrzymał najwyższą liczbę punktów spośród wykonawców i ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.
Stwierdził, że przepisy prawa nie precyzują treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót, zatem nieuprawnione jest żądanie wskazania w ich treści terminów realizacji, rodzaju i wartości wykonanych robót, zatem dokumenty przedłożone przez Budimex S.A. spełniały wymogi przewidziane prawem oraz przez zamawiającego.
Podniósł ponadto, że twierdzenia odwołującego nie są poparte jakimikolwiek dowodami.

Stwierdził, że nie jest prawdą twierdzenie, iże dla podmiotów Archer Daniels Midland Co oraz Roquette America generalnym wykonawcą całości prac „pod klucz” były inne podmioty. W przypadku wszystkich referencji Metso Power Oy był producentem kotła fluidalnego oraz podmiotem odpowiedzialnym za jego całościową instalację, począwszy od etapu projektowania, przez produkcję (każdorazowo kocioł był wykonywany wg indywidualnych potrzeb klientów), aż po oddanie do eksploatacji i świadczenie stosownych usług na etapie gwarancji jakości (okresu zgłaszania wad). Stwierdził, że jest okolicznością notoryjną, że montaż jest częścią integralną tego procesu, a żaden producent specjalistycznych urządzeń technologicznych nie udzieli gwarancji jakości, jeżeli nie uczestniczył i nie sprawował fachowego nadzoru nad montażem.
Wskazał także, że w zasadzie wszyscy pozostali wykonawcy zakwalifikowani przez zamawiającego do etapu składania ofert opierają się na referencjach odwołującego. Można zatem uznać, że działanie odwołującego zmierza wprost do ograniczenia konkurencji przez wyeliminowanie z postępowania podmiotów oferujących urządzenia innego dostawcy.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum Energoinstal S.A. w Katowicach Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. w Żywcu i Piecexport-Piecbud S.A. w Dąbrowie Górniczej, wniósł o oddalenie odwołania.

Podniósł brak interesu odwołującego we wniesieniu odwołania. Wskazał, że odwołujący został poinformowany o pozytywnej ocenie spełnienia przez niego warunków udziału w dalszym postępowaniu, natomiast układ i ranking wykonawców nie może być źródłem szkody po stronie odwołującego (nawet szkody potencjalnej).

Odnosząc się do zarzutu, że jeden z listów referencyjnych (wystawiony przez Arauco na rzecz Metso Power Oy) nie zawiera sformułowania „montaż”, a jedynie „rozruch” (tj. commissioning – słowo tłumaczone z angielskiego również jako „doprowadzenie do działania”, przystępujący wskazał, że treść referencji ustalają wystawcy, tu w języku obcym, gdzie zawsze istnieje pewien margines niejasności językowych. Zdaniem przystępującego sformułowanie „commissioning and taking over” winno zostać uznane za potwierdzenie dokonania również montażu spornego kotła. Nielogiczne byłoby rozumienie tego oświadczenia jako obejmującego wszelkie czynności od zaprojektowania do uruchomienia, bez pojedynczej czynności „montażu”.
Odnosząc się do przedstawionych w odwołaniu wyliczeń dotyczących kotła elektrowni EnBW Propower GmBH stwierdził, iż do tych wyliczeń dodatkowe parametry zostały przyjęte arbitralnie przez odwołującego (na poziomie opisanym jako „średnio niski” oraz „dość niski”). Ponadto uzyskany przez odwołującego wynik „mocy cieplnej” (135 MW) również nie odpowiada mocy cieplnej wskazanej w zaprezentowanym materiale prasowym (150 MW). Na marginesie przystępujący wskazał, że opisy, w tym zawarte w materiałach prasowych opierające się o pewne uogólnienia i dodatkowe założenia, są niedokładne i obarczone marginesem błędu. Taka publikacja nie może stanowić przesłanki do uznania oświadczenia spółki EnBW – rzeczywistego użytkownika kotła – za złożone fałszywie. Z ostrożności stwierdził, że zarzut nieprawdziwych informacji powinien być udowodniony, a nie opierać się tylko na poszlakach.
Odnosząc się do zarzutu przedstawienia więcej niż jednej liczby oświadczeń o oddaniu do dyspozycji zasobów, wskazał, że sytuacja niedopuszczalności przestawienia większej liczby oświadczeń powstaje wyłącznie, gdy są to oświadczenia przedstawiane tylko w celu podniesienia punktacji, a nie możliwości ich wykorzystania przy realizacji przedmiotu zamówienia. Przedstawione oświadczenia są wzajemnie uzupełniające i możliwe jest wykorzystanie przy realizacji doświadczenia każdego z podmiotów powołanych, co przystępujący zamierza uczynić.
Przystępujący wskazał także, że dopuszczalność wielokrotnego uzyskania punktów za „Doświadczenie” tego samego rodzaju została ustalona już w treści ogłoszenia, a stanowisko odwołującego o możliwości tylko do jednokrotnego przyznawania punktów za doświadczenie tego samego rodzaju stanowi zarzut podniesiony wobec treści ogłoszenia, a zatem po terminie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 4 maja 2012 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2012 r. do łącznego rozpoznania, z udziałem stron i uczestników zważyła, co następuje.

Sygn. akt: KIO 797/12

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Control Process S.A. w Krakowie wobec czynności Zamawiającego polegających na uznaniu, iż dokumenty złożone przez Odwołującego nie spełniają wymagań formalnych określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz są niezgodne z obowiązującymi przepisami co do formy dokumentów, a w konsekwencji wykluczeniu Odwołującego z postępowania, skład orzekający Izby uznał zarzut za uzasadniony.

Niesporne jest, że odpowiedzi na wezwanie zamawiającego o przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę kwalifikacji technicznych, określonego w sekcji III.2.3 ogłoszenia odwołujący złożył oświadczenia o udostępnieniu mu zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy pzp przez podmioty trzecie oraz kopie dokumentów poświadczających, że osoby podpisujące oświadczenia o udostępnieniu zasobów były do tego uprawnione i kopie dokumentów potwierdzających, że roboty wskazane w wykazie robót zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone tj referencje, protokoły odbioru (pismo odwołującego z dnia 26.03.2012 r.). Wszystkie wymienione kopie dokumentów zostały poświadczone za zgodność z oryginałami dokumentów przez osobę reprezentującą wykonawcę – pana Pawła Bargiela, który, jak zauważył Zamawiający, nie jest umocowany do reprezentowania podmiotów udostępniających zasoby. Ustalono także, że w ogłoszeniu o zamówieniu zawarto w pkt 7 Sekcji VI.3 sformułowanie, w którym stwierdzono, „jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów (…) kopie dokumentów dotyczących tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez te podmioty.” W tym miejscu Izba zauważa, że postanowienia ogłoszenia nie odpowiadają ściśle treści § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (…). Przepis ten stanowi bowiem, iż, „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub przez te podmioty.” Izba podziela stanowisko zamawiającego, że cytowany przepis ma zastosowanie w rozpoznawanej sprawie, a jako powszechnie obowiązująca norma prawa ma pierwszeństwo przed postanowieniami ogłoszenia

sformułowanymi przez zamawiającego. Przepis § 6, który wskazuje w ust. 2 także na podmioty udostępniające zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp, a które wg § 1 ust. 2 będą brały udział w realizacji części zamówienia, jest przepisem skonstruowanym w skomplikowany sposób, a dokonanie wyłacznie wykładni gramatycznej jest niewystarczające dla prawidłowego jego zrozumienia i zastosowania. Jak stwierdzono w wyroku KIO sygn. KIO 2363/10, 2364/10, 2397/10 z 23.11.2010 r. użyte (w § 6 ust. 2 rozporządzenia) kwantyfikatory logiczne nie dają się jednoznacznie odczytać. „W hipotezie tego przepisu występuje bowiem koniunkcja „oraz”, która odnosi się do podmiotów, do których adresowanych jest przepis czyli wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3. Zatem gdyby literalnie czytać ten przepis miałby on zastosowanie, gdy w postępowaniu występuje wykonawca będący wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie (np. konsorcjum firm) i wykonawca ten jednocześnie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu korzysta z zasobów udostępnianych przez podmioty trzecie. Podmioty, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, to właśnie podmioty udostępniające zasoby. Przepis zatem nie dotyczyłby sytuacji, w której wykonawca jest wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie, ale nie korzysta z zasobów podmiotów trzecich, ani sytuacji, w której wykonawca ubiega się samodzielnie o zamówienie, ale korzysta z zasobów podmiotów trzecich. Wówczas albo należałoby uznać, że takie sytuacje nie są regulowane w rozporządzeniu w ogóle, albo oba przypadki należy uznać za sytuację opisaną w § 6 ust. 1

rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W dyspozycji przepisu natomiast ustawodawca dwukrotnie posłużył się alternatywą łączną „lub", która pozwala na zaistnienie każdej z sytuacji które rozdziela osobno, jak i obu łącznie. Dalej w ramach pierwszej alternatywy ustawodawca poprzedził ją słowem „odpowiednio", jednakże słowo to nie odnosi się do tego, kto dokumenty poświadcza, bo tego dotyczy dopiero druga alternatywa łączna, ale tego, od kogo pochodzą dokumenty. W tej sytuacji przepis w gramatycznym brzmieniu wykładany byłby tak, że w sytuacji gdy ofertę składa konsorcjum firm i jednocześnie to konsorcjum korzysta z zasobów podmiotów trzecich, to wówczas składa dokumenty pochodzące od poszczególnych wykonawców rozumianych jako członków konsorcjum (bo słowo „odpowiednio" odnosi się do wykonawców tworzących konsorcjum) lub dokumenty pochodzące od podmiotów udostępniających zasoby, a takie dokumenty mają być poświadczane przez wykonawcę lub podmiot udostępniający zasoby (przez wykonawcę osobno, przez podmiot osobno albo przez wykonawcę i podmiot łącznie). Kluczowym problemem językowym występującym w tym przepisie jest odczytanie, kiedy ustawodawca używa słowa wykonawca mając na myśli wykonawcę wspólnie ubiegającego się o zamówienie jako twór zbiorowy, a kiedy używa tego słowa mając na myśli członka tworu zbiorowego, czyli konsorcjanta."

Skład orzekający w sprawie niniejszej podziela przedstawione zacytowane stanowisko i uznaje, że konieczne jest sięgnięcie po wykładnię systemową poprzez przyjęcie, że ustawodawca w § 6 ustanowił zasadę, że dokumenty poświadcza wykonawca. Natomiast ust. 2 tego paragrafi stanowi uszczegółowienie zasady z ust. 1 i uproszczenie dla wykonawców, zarówno składających ofertę wspólnie oraz dla tych, którzy korzystają z zasobów podmiotów trzecich. § 6 ust. 2 należy zatem tak rozumieć, iż w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z zasobów podmiotów trzecich, to dokumenty pochodzące od osób trzecich poświadcza albo wykonawca, albo podmiot udostępniający zasób. Celem wprowadzenia przepisu § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów było uproszczenie procedury, a nie jej skomplikowanie. Przepis pozwala zatem w przypadku podmiotów trzecich, by ten podmiot trzeci samodzielnie lub wykonawca, któremu podmiot dostarczył dokumenty, poświadczył dokumenty za zgodność z oryginałem. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrzyła się w działaniu odwołującego naruszenia przepisów ustawy i rozporządzenia, gdyż dokumenty zostały poświadczone przez wykonawcę, a więc podmiot który był do tego, jak wynika z powyższych wywodów, zdaniem Izby uprawniony. W konsekwencji zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a czynność ta nastąpiła z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.

Wobec powyższego odwołanie złożonie przez wykonawcę CONTROL PROCESS S.A., z siedzibą w Krakowie, zostało uwzględnione.

Sygn. akt. KIO 802/12

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i niewątpliwie w dacie wniesienia odwołania miał ten interes. Fakt, iż w dacie rozpatrywania odwołania stał się wykonawcą zakwalifikowanym do dalszego udziału w postępowaniu nie pozbawia go legitymacji czynnej do wniesienia odwołania określonej przepisem art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Przepis ten wiąże interes w uzyskaniu zamówienia z naruszeniem przez zamawiającego przepisu ustawy, które to naruszenie powoduje lub może spowodować szkodę wykonawcy, który wprawdzie nie został wykluczony z postępowania, ale może nie uzyskać zamówienia i tym samym ponieść szkodę wobec nie pozyskania kontraktu, w sytuacji, gdy zamówienie zostałoby udzielone innemu wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy pzp. Izba uznała zatem, że przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych wobec konkurujących z odwołującym wykonawców (przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego) skład orzekający Izby uznaje, że ocena spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu została przez zamawiającego dokonana prawidłowo. Wykonawcy ci spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie ma podstaw do uznania podanych przez nich

informacji za nieprawdziwe. W ocenie Izby odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek

dowodów nieprawdziwości złożonych oświadczeń.
W tym miejscu Izba wskazuje, że co do zasady, na potwierdzenie faktów, z których strony postępowania wywodzą skutki prawne, dowody w postępowaniu odwoławczym przedstawiane są przez strony i uczestników. W niniejszym postępowaniu skład uznał, że stan faktyczny sprawy ustalony w oparciu o dowody przedstawione przez strony, został dostatecznie wyjaśniony. Izba nie uwzględniła wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność mocy kotła mając na uwadze, że podobnie jak w wypadku dokonywania obliczeń przez strony, również opinia nie dałaby odpowiedzi co do faktu lecz przewidywanych parametrach wyliczonych w oparciu o domniemane założenia.

Należy zauważyć, że treść dokumentów potwierdzających, że przedstawione przez wykonawcę roboty zostały wykonane prawidłowo nazywanych powszechnie referencjami nie musi dokładnie odzwierciedlać wszystkich informacji wymaganych w postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków udziału. Istotne istotne są informacje udzielane przez wykonawcę na potrzeby zamówienia, w tym wypadku zawarte w wykazie usług. Izba uznaje przy tym, że obliczenia dokonane przez odwołującego (załączone do odwołania) nie są dowodem niespełniania wymaganych parametrów kotła zważywszy, że zostały oparte na założenia dotyczących niewłaściwego parametru technicznego wykonanego kotła. Warunek sformułowany w ogłoszeniu dotyczył parametru „mocy w paliwie", a zarzut odwołania oparty jest na twierdzeniu o nieprawdziwych danych dotyczących „mocy cieplnej" kotła, a są to dwa różne parametry techniczne. Izba uznaje za wiarygodne wyjaśnienie zamawiającego, iż list referencyjny złożony przez Energoinstal dotyczy wymaganego parametru „mocy w paliwie" z tym zastrzeżeniem, że jego tłumaczenie na język polski zawiera pomyłkę– oryginalny dokument referencji posługuje się bowiem sformułowaniem „heat fuel input". Przedstawiona przez Zamawiającego analiza załącznika do odwołania, z której wynika, że wymagany treścią ogłoszenia warunek mocy w paliwie został spełniony Izba uznaje za wiarygodny. Należy podkreślić, że dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 23 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest udowodnienie złożenia informacji nieprawdziwej, natomiast uprawdopodnienie jest niewystarczające.
Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że dokonując oceny wniosków przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz przepisów 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:

……

Członkowie:

……

……