

WYROK
z dnia 27 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Bogdan Artymowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Polimex – Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ENERGA Kogeneracja Spółka z o.o., ul. Elektryczna 20a, 82-300 Elbląg** w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn. „Budowa bloku energetycznego opalanego biomasą o mocy 20 MW w Energa Kogeneracja Spółka z o.o. w Elblągu”

przy udziale wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Polimex – Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa i nakazuje:

1

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Polimex – Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Polimex – Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** na rzecz **ENERGA Kogeneracja Spółka z o.o., ul. Elektryczna 20a, 82-300 Elbląg** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

2

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 27 października 2010 r. w sprawie KIO 2233/10

Zamawiający – ENERGA Kogeneracja Spółka z o.o., ul. Elektryczna 20A, 82-300

Elbląg prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa bloku energetycznego opalanego biomasą o mocy 20 MWe w ENERGA Kogeneracja Spółka z o.o. w Elblągu, ul. Elektryczna 20A, 82-300 Elbląg” – znak sprawy: Projekt BB20p.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Przedmiotowe zamówienie ma charakter zamówienia sektorowego.

W dniu 22.07.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplementcie do Dz. U. UE z dnia 27.07.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 143-220920.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **27.07.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

Zamawiający pismem z dnia **04.10.2010 r.** poinformował Odwołującego o wynikach oceny wniosków. Wniosek złożony przez Odwołującego został sklasyfikowany na 9 miejscu i wobec powyższego Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

W dniu **14.10.2010 r.** na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania w postaci:

- dokonania oceny wniosków uczestników postępowania w sposób naruszający art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez przyjęcie niezdefiniowanego w ogłoszeniu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny wniosków powodując w konsekwencji wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego.
- nie zapewnienia jawności postępowania w sposób wymagany zgodnie z art. 8 ust. 1 i art. 96 ustawy Pzp polegający na nie udokumentowaniu sposobu podejmowania decyzji w

3

odniesieniu do poszczególnych wykonawców w zakresie oceny ich wniosków (z treści udostępnionego protokołu nie wynika, które z prac zgłaszanych przez poszczególnych wykonawców zostały przez Zamawiającego zaakceptowane, a które nie).

W ocenie Odwołującego powyższe działanie Zamawiającego (ocena wniosków niezgodnie z określoną w ogłoszeniu metodą dokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej) skutkowało stworzeniem wadliwego rankingu wniosków, a także wykluczeniem Odwołującego z postępowania, a tym samym naruszeniem jego interesu. Odwołujący na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, jako wykonawca wykluczony z postępowania, został pozbawiony możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu i dalszego ubiegania się o udzielenie Zamówienia, pomimo złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający ogłoszeniu o zamówieniu.

Zdaniem Odwołującego wykluczenie go na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp naraża jego na szkodę w postaci utraconych korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby uczestniczył w dalszym postępowaniu i miał możliwość uzyskania zamówienia. Ponadto działanie Zamawiającego polegające na nie udokumentowaniu w sposób wyczerpujący sposobu podejmowania decyzji w odniesieniu do poszczególnych wykonawców w zakresie oceny ich wniosków narusza interes Odwołującego w ten sposób, że Odwołujący pozbawiony został możliwości rzetelnej analizy przebiegu postępowania oraz zgłaszania w pełni udokumentowanych zarzutów w drodze odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zobowiązanie Zamawiającego do unieważnienia postępowania dotkniętego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówień publicznych.

W uzasadnieniu wskazał, że w treści ogłoszenia przedmiot zamówienia został określony jako „Budowa bloku energetycznego opalanego biomasą o mocy 20 MWe w Energia Kogeneracja Sp. z o.o. Zgodnie z treścią ogłoszenia (punkt III.2.3) warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie się przez wykonawców zdolnością techniczną polegającą na zrealizowaniu budowy bloków energetycznych lub modernizacji bloków energetycznych obejmujących swym zakresem turbiny o mocy równej lub większej 10 MWe lub kotły. Jednocześnie Zamawiający wymagał celem potwierdzenia zrealizowania w/w prac, w okresie 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, przedłożenia ich wykazu z podaniem wartości, opisu przedmiotu zamówienia, daty wykonania i odbiorów. Jednocześnie Zamawiający wskazał (pkt VI.3 Ogłoszenia), że do składania ofert zaproszonych zostanie jedynie 5 wykonawców, których wartość prac podana zgodnie z punktem III.2.3 ogłoszenia będzie największa.

4

Zdaniem Odwołującego treść ogłoszenia, w zakresie określenia wymogów dokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej była jednoznaczna. Zamawiający wymagał, aby uczestnik postępowania wykazał się sam lub za pośrednictwem podmiotów zobowiązujących się udostępnić mu swój potencjał techniczny (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), zrealizowaniem budowy bloków energetycznych lub zrealizowaniem modernizacji bloków energetycznych pod warunkiem, że ta budowa lub modernizacja dotyczyła bloków energetycznych obejmujących swym zakresem turbiny o mocy równej lub większej 10 MWe lub kotły.

Zdaniem Odwołującego zasady wiedzy i doświadczenia profesjonalnego wykonawcy pozwalały przyjąć, iż tak określonym potencjałem technicznym mogą legitymować się wyłącznie podmioty, które jako generalny wykonawca, samodzielnie albo w ramach konsorcjum, realizowały budowę lub modernizację określonych bloków energetycznych. W interesie bowiem Zamawiającego powinno być zagwarantowanie udziału w postępowaniu tylko podmiotów legitymujących się doświadczeniem i potencjałem niezbędnym do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Odwołujący, jako profesjonalista, mógł oczekiwać, że opis warunków udziału w postępowaniu powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiego ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Odwołujący mógł zatem domniemywać, że w interesie Zamawiającego nie leży prezentowanie prac, które wykraczają poza lub nie są wystarczające dla realizacji celu jakim jest wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący mógł zatem domniemywać, że Zamawiający nie będzie zainteresowany badaniem wiedzy wykonawcy, która w żaden sposób nie jest przydatna lub nie wystarcza do realizacji przedmiotu zamówienia.

Powyższe przekonanie, w ocenie Odwołującego, znajduje uzasadnienie w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, z którego wynika, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być powiązany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Profesjonalnemu wykonawcy trudno zatem oczekiwać, aby dla realizacji zamówienia, którym jest budowa bloku energetycznego opalanego biomasą o mocy 20 MWe rękojmię jego należytego wykonania mogły dawać inne podmioty niż te, które potwierdzą zrealizowanie budowy bloków energetycznych lub modernizacji bloków energetycznych w charakterze generalnego wykonawcy całej realizacji.

W oparciu o tak sformułowaną treść ogłoszenia Odwołujący zaprezentował potencjał techniczny ograniczając się wyłącznie do prac, w których realizował budowę lub

5

modernizację bloków energetycznych o określonych parametrach. Jednocześnie Odwołujący zaniechał wskazania tych wszystkich prac, które realizował w ramach budowy lub modernizacji bloków energetycznych, ale jako podwykonawca lub poddostawca generalnego wykonawcy. Odwołujący wskazał, że logika wskazuje, że takie uczestniczenie w budowie lub

modernizacji bloków energetycznych nie pozwala na uzyskanie niezbędnego doświadczenia dla realizacji bloków energetycznych w przewidywanym przez Zamawiającego systemie realizacji „pod klucz”. Zdaniem Odwołującego, na podstawie treści ogłoszenia, wymogów dotyczących wykazania potencjału technicznego jak również sposobu opisu prac przewidzianych do realizacji nie można było ustalić, że Zamawiający oczekuje zaprezentowania jakichkolwiek prac realizowanych w ramach budowy lub modernizacji bloków energetycznych, także takich, które nie były realizowane w charakterze generalnego wykonawcy ale w charakterze podwykonawcy lub poddostawcy.

Odwołujący poinformował, że odmienna od przedstawionej powyżej metodologia działań Zamawiającego ujawniła się po dokonaniu przez Zamawiającego czynności oceny wniosków, o której Odwołujący został poinformowany w dniu 5 października 2010 roku (drogą elektroniczną) pismami z dnia 4 października 2010 roku (pismo EKO/DN/4945/2010 i EKO/DN/4958/2010). Analiza treści informacji przesłanych przez Zamawiającego w w/w pismach, a także treści załączników do protokołu postępowania, w szczególności

pozwała wniosków innych uczestników, stwierdzić, że w przypadku pozostałych uczestników (w szczególności sklasyfikowanych na pozycjach 1-5 listy Wykonawców) Zamawiający do prac decydujących o zakwalifikowaniu posiadania wymaganego potencjału technicznego, a tym samym o miejscu na liście wykonawców dopuszczonych do dalszego etapu postępowania, zaliczał prace, które wykraczały poza jednoznaczny opis wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu i jego logiczną ocenę zaprezentowaną powyżej.

Odwołujący przykładowo wskazał następujące przypadki, kiedy Zamawiający zaliczał dla prac świadczących o posiadaniu stosownego potencjału technicznego prace, które w ocenie Odwołującego nie mieściły się w zakresie wynikającym z ogłoszenia:

1) w przypadku PBG S.A. wskazane zostały prace określone jako „modernizacja termicznej spalarni odpadów (posiada blok energetyczny), które nie potwierdzają faktu realizacji prac w zakresie modernizacji bloku energetycznego. Jednocześnie wadliwość dokumentowania przez Zamawiającego czynności oceny wniosków uniemożliwia w sposób jednoznaczny potwierdzenie, czy tak określone prace zostały zaliczone do posiadanego potencjału technicznego;

2) w przypadku Mostostalu Warszawa S.A. zaliczone zostały prace wykonywane m.in. przez REMAK SA, który jak wynika z treści załączonych referencji występował wyłącznie jako podwykonawca generalnych wykonawców budowy lub modernizacji bloków energetycznych,

6

tym samym samodzielnie na tych inwestycjach nigdy nie realizował kompleksowych prac w zakresie budowy lub modernizacji bloków energetycznych. Pomimo to Zamawiający uznał, że prace wykonywane przez ten podmiot powinny świadczyć o legitymowaniu się przez niego posiadanym doświadczeniem w zakresie budowy lub modernizacji bloków energetycznych;

3) w przypadku Energoinstalu Katowice S.A. zaliczone zostały prace wykonywane przez ten podmiot, co wynika z treści załączonych referencji, jako podwykonawca generalnych wykonawców budowy lub modernizacji bloków energetycznych. Tym samym Zamawiający zakwalifikował jako świadczące o doświadczeniu prace, co do których ten Wykonawca nie mógł wykazać się, że samodzielnie zrealizował budowę lub modernizację bloków energetycznych. Co więcej niektóre z załączonych referencji jednoznacznie potwierdzały, że ten wykonawca wykonywał wyłącznie pewien wyraźnie zamknięty fragment prac z zakresu budowy bloków energetycznych. Pomimo to Zamawiający uznał, że prace wykonywane przez ten podmiot powinny świadczyć o legitymowaniu się przez niego posiadanym doświadczeniem w zakresie budowy lub modernizacji bloków energetycznych;

4) w przypadku ZRE Katowice S.A. i ERBUD S.A. zaliczone zostały m.in. prace, które we wniosku określone zostały jako:

- montaż systemów sterowania urządzeniami ciągu nawęglania (pozycja 5);
- modernizacja układu gospodarki wodnej (pozycja 2);
- prace pomocnicze w trakcie montażu turbiny parowej (pozycja 28);
- czynności pomocnicze przy montażu turbiny parowej (pozycja 29);
- wsparcie nadzoru przy montażu rurociągów (pozycja 30);
- modernizacja rurociągu co. Dn 150 (pozycja 44);
- montaż armatury (pozycja 59).

W ocenie Odwołującego treść ogłoszenia o zamówieniu oraz opis przedmiotu zamówienia wskazywały, że o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie podmioty, które wykażą iż posiadają doświadczenie w budowie lub modernizacji bloków energetycznych, które realizowały w charakterze generalnych wykonawców.

Tymczasem czynności Zamawiającego w zakresie oceny wniosków potwierdziły, że Zamawiający dopuścił potwierdzenie potencjału technicznego w realizacji budowy lub modernizacji bloków energetycznych przy pomocy jakichkolwiek prac realizowanych na potrzeby takiej budowy lub modernizacji, także prac wykonywanych w charakterze podwykonawcy i ograniczających się do realizacji wybranego odcinka budowy lub modernizacji bloku energetycznego. Zdaniem Odwołującego powyższe pozwala stwierdzić, że w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie określił w sposób dostatecznie precyzyjny sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny

7

wniosków. Doświadczenie profesjonalnego wykonawcy oraz zasady logiki nie pozwalały wywieść na podstawie ogłoszenia, że Zamawiający dopuścił i zaakceptuje wskazane we wnioskach prace, których nie można zakwalifikować jako budowa lub modernizacja bloków energetycznych i które nie potwierdzają posiadania doświadczenia w takich realizacjach. Akceptując natomiast takie prace Zamawiający nie zapewnił tym samym zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a tym samym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy, w tym Odwołujący, którzy działali w dobrej wierze w zaufaniu do poprawności ogłoszenia i ograniczyli się do wskazania wyłącznie prac odpowiadających treści ogłoszenia w zakresie wymogów technicznych odniesionych do przedmiotu zamówienia, zostali wyprzedzeni w ostatecznym rankingu przez tych wykonawców, którzy przedstawili wszystkie prace związane z budową lub modernizacją bloków energetycznych, także takie, których nie można odnieść do treści ogłoszenia jako realizacji budowy lub modernizacji bloków energetycznych.

W ocenie Odwołującego w świetle powyższego za uzasadniony należy uznać wniosek o unieważnienie postępowania. W chwili obecnej postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). W chwili obecnej żadne działania Zamawiającego podejmowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie umożliwią Odwołującemu wykazanie się pracami innymi niż te, których wprost oczekiwał Zamawiający w ogłoszeniu, a które jak się okazało były akceptowalne i dopuszczalne przez Zamawiającego dla potwierdzenia potencjału technicznego (wiedzy i doświadczenia). Zamawiający pozbawiając Odwołującego możliwości złożenia wniosku odpowiadającego nie wyartykułowanym w ogłoszeniu o zamówieniu oczekiwaniom Zamawiającego w zakresie posiadanego potencjału technicznego przez uczestników postępowania, prowadzi postępowanie w sposób sprzeczny z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym w sposób sprzeczny z prawem oraz dobrymi obyczajami wpływa na wynik przedmiotowego postępowania. Tym samym, zdaniem Odwołującego, zgodnie z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Pzp zachodzą przesłanki do unieważnienia umowy. Przedmiotowa wada należy uznać za nieusuwalną, gdyż mogłoby to nastąpić jedynie w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu, co w sytuacji otwarcia złożonych wniosków powinno skutkować rozpoczęciem procedury przetargowej od nowa.

Odwołujący ponadto wskazał na inne uchybienia dokonane przez Zamawiającego przy ocenie wniosków złożonych przez uczestników postępowania, które w ocenie Odwołującego potwierdzają naruszenie przez Zamawiającego zasady zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich podwykonawców, a tym samym art. 7 ust. 1

8

ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w odniesieniu do niektórych wnioskodawców akceptował brak oryginałów oświadczeń podmiotów zobowiązujących się udostępnić wiedzę lub doświadczenie wnioskodawcom. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817) w swojej treści, w ocenie Odwołującego, nie wymienia oświadczenia (zobowiązania) podmiotu trzeciego o udostępnieniu wiedzy lub doświadczenia, a tym samym nie znajduje zastosowania zapis tego rozporządzenia dopuszczający możliwość składania takich oświadczeń w poświadczonej za zgodność kopii. W ocenie Odwołującego oświadczenia takie powinny być składane wyłącznie w oryginale. Nawet jeżeli przyjąć, że dokumenty te mogłyby zostać poświadczane za zgodność z oryginałem, to zgodnie z § 6 ust. 2 w/w rozporządzenia poświadczanie takiego mogłyby dokonać wyłącznie podmioty składające takie oświadczenie. Ponadto w odniesieniu do takich oświadczeń w większości przypadków nie zostały do nich załączone odpisy z KRS lub innych dokumentów rejestracyjnych potwierdzających, że osoby które podpisały takie oświadczenie były upoważnione do reprezentowania tych podmiotów udostępniających wiedzę i doświadczenie. Zgodnie z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie powinien zatem akceptować kopii oświadczeń podmiotów trzecich udostępniających wiedzę i doświadczenie, nawet potwierdzonych za zgodność przez wnioskodawcę, a prace wykonane przez te podmioty nie powinny być uwzględniane w wykazie prac danego wykonawcy potwierdzających jego potencjał techniczny.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie określając sposobu przeliczania prac wykonywanych w innych walutach dopuścił do sytuacji, kiedy poszczególni wnioskodawcy dokonywali przeliczenia wartości tych prac według różnych kursów - wg kursu z dnia złożenia wniosków, po średnim kursie z dnia zakończenia realizacji prac. Co więcej niektórzy wnioskodawcy nie określili kursu, wg którego dokonują przeliczenia na PLN prac wykonywanych w innych walutach. Tym samym Zamawiający nie zapewnił równego traktowania wszystkich wykonawców. Jako przykład Odwołujący wskazał, że zarówno wnioskodawca PBG S.A. i wnioskodawca Energoinstal S.A. w swoich wykazach prac przywołali tę samą pracę wykonaną na rzecz Vattenfall, Rostock, Niemcy, przy czym dla tej pracy PBG S.A. (pozycja 1 wykazu zadań - Europa DP Cleantech) wskazało wartość projektu w kwocie 280,88 mln PLN, moc cieplną 60 MW(th), termin realizacji 2008-2010 a Energoinstal S.A. (pozycja 11 wykazu) wskazał wartość projektu w kwocie 280,81 mln PLN, moc cieplną 87 MW(th), termin realizacji 20.10.2006-12.02.2010. Powyższe, w ocenie Odwołującego, wskazuje, że zaliczenie tej samej pracy w/w wykonawcom, wykonywanej przez ten sam podmiot trzeci udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie, według różnych cen stanowi jawne i istotne naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

9

Odwołujący podniósł również, że z uwagi na fakt, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie wymagał przedstawienia referencji udzielonych przez inwestorów, na rzecz których realizowane były poszczególne prace, w chwili obecnej nie ma możliwości dokonania weryfikacji poprawności i prawdziwości oświadczeń poszczególnych wnioskodawców w zakresie zaprezentowanych przez nich prac, mających potwierdzać spełnienie wymogu potencjału technicznego. Tym niemniej można wskazać następujące okoliczności budzące wątpliwości z punktu widzenia zagwarantowania przez Zamawiającego uczciwej konkurencji. Wielu wykonawców wymieniając swoje prace posługiwało się ogólnym pojęciem „budowa bloku energetycznego”, „modernizacja bloku energetycznego” a z załączonych niekiedy referencji wynika, że podmiot podający te prace (lub osoba trzecia udostępniająca wiedzę i doświadczenie) wykonywała wyłącznie montaż rurociągów na zlecenie wykonawcy bloku energetycznego. Jako przykład Odwołujący wskazał wniosek złożony przez wykonawcę Energoinstal SA. Tym samym wątpliwości budzi podawane przez wnioskodawcę oświadczenie o wykonaniu bloku energetycznego, skoro udzielający referencji podmiot trzeci realizował tylko niewielki wycinek prac związanych z budową bloku energetycznego. Z załączonych oświadczeń wnioskodawców nie wynika, czy podawana kwota stanowi wartość realizacji całej inwestycji, czy też odpowiada wartości prac realizowanych przez podmiot trzeci, który udostępnia swoją wiedzę i doświadczenia, a w zakresie zgłaszanej pracy występował wyłącznie jako podwykonawca niewielkiego ich fragmentu. W ocenie Odwołującego po analizie wniosków PBG S.A. i ZRE Katowice S.A. nasuwają się wnioski, że zarówno ZRE Katowice S.A. jak i PBG S.A. oparły się w swoich wnioskach na referencjach DP Cleantech. ZRE Katowice S.A. w swoim wniosku wykazał prace za około 277,7 mln PLN plus prace DP Cleantech za kwotę 6.520 mln PLN. Z analizy tych kwot wynika, że Zamawiający na pewno zaliczył ZRE Katowice S.A. część prac DP

Cleantech, jednak nie więcej niż za około 1.247 mln PLN. Te same prace wykonane przez DP Cleantech wykazał w swoim wniosku PBG S.A. i zostały one zaliczone w kwocie większej niż 5.351 mln PLN. W związku z powyższym nasuwają się, zdaniem Odwołującego, następujące wątpliwości:

- prace DP Cleantech w obydwóch wnioskach są inaczej opisane - w ZRE Katowice S.A. zostały określone m.in. jako „kocioł na słomę” w PBG S.A. jako „dostawa kompletnej wyspy kotłowej wraz z montażem związana z budowa bloku energetycznego”;
- w kilku przypadkach te same prace są w obydwu wnioskach różnie wycenione (560 mln i 501 mln, 740 mln i 521 mln, 280 mln i 200 mln, 400 mln i 280 mln, 320 mln i 280 mln).

Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż Zamawiający pomimo jednoznacznego określenia terminu w jakim miały zostać zrealizowane prace potwierdzające zdolność techniczną (5 lat

10

przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia tj. 22 lipca 2010 roku) akceptował prace wskazywane przez wnioskodawców, które ewidentnie kończyły się przed dniem 22 lipca 2005 roku np. dwie pierwsze pozycje zgłoszone przez RAFAKO S.A. jak również akceptował prace, co do których wnioskodawcy nie potwierdzili dokładnej daty ich zakończenia przed dniem ogłoszenia o zamówienia, wskazując jedynie jako termin zakończenia rok 2010.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, wskazuje, że formułując w określony sposób wymagania dotyczące sposobu potwierdzania posiadania zdolności technologicznej (pkt III.2.3 Ogłoszenia) Zamawiający nie zapewnił jednocześnie uczestnikom postępowania równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji. W szczególności rezygnując z wymogu udokumentowania zrealizowanych prac za pomocą referencji od inwestorów Zamawiający pozbawił siebie, ale także wnioskodawców możliwości weryfikacji poprawności i prawdziwości oświadczeń zamieszczanych we wniosku. Podane powyżej okoliczności mają charakter oczywisty i zostały stwierdzone w tych przypadkach, gdzie niektórzy Wykonawcy przedstawili dobrowolnie referencje podmiotów trzecich.

Odwołujący ponadto wskazał, że na podstawie informacji przedstawionych przez Zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 57 ust 1 ustawy Pzp, a także na podstawie protokołu postępowania (art. 96 ustawy Pzp) udostępnionego Odwołującemu w dniu 11 października 2010, nie można było dokonać jednoznacznych ustaleń, które z pośród prac zgłoszonych przez poszczególnych wykonawców zostały przez Zamawiającego zaliczone, a które nie. W ocenie Odwołującego o okoliczności tej można jedynie domniemywać poprzez porównanie wartości zgłoszonych prac i wartości prac zaliczonych przez Zamawiającego. Tym samym Odwołujący podniósł, iż nie można wykluczyć, że w przypadku pozostałych prac podobne lub inne nieprawidłowości nie występują. Powyższe wskazuje, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający naruszył dodatkowo art. 8 ust. 1 ustawy Pzp nakładający na niego obowiązek zapewnienia jawności postępowania. Zamawiający nie udokumentował w sposób wyczerpujący sposobu podejmowania decyzji w odniesieniu do poszczególnych wykonawców, a tym samym utrudnił Odwołującemu możliwość rzetelnej analizy przebiegu postępowania oraz zgłaszania w pełni udokumentowanych zarzutów w drodze odwołania. Powyższa okoliczność ujawniła się po dokonaniu przez Zamawiającego oceny poszczególnych wniosków, a w szczególności po zaakceptowaniu przez niego prac obarczonych wątpliwościami wskazanymi powyżej.

Zdaniem Odwołującego wad, jakimi dotknięte jest przedmiotowe postępowanie nie można usunąć poprzez uzupełniające wezwania wnioskodawców na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i ponowną ocenę wniosków. Niezbędne jest dokonanie doprecyzowania

11

ogłoszenia o zamówieniu, w którym Zamawiający określiłby w sposób precyzyjny i jednoznaczny dla wszystkich uczestników, oraz w sposób odpowiadający przedmiotowi zamówienia, warunki dokumentowania i zaliczania prac zgłaszanych jako zdolność techniczną, w tym także m.in. w zakresie przeliczania cen w walutach obcych, czy

dopuszczalności postępowania się pracami podwykonawczymi realizowanymi w ramach budowy lub modernizacji bloków energetycznych. W chwili obecnej zmiana ogłoszenia, z uwagi na upływ terminu składania wniosków i dokonanie przez Zamawiającego ich oceny byłaby równoznaczna z koniecznością przeprowadzenia procedury postępowania od początku. Tym samym za uzasadniony należy uznać wniosek o zobowiązanie Zamawiającego do unieważnienia postępowania dotkniętego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówień publicznych.

W dniu **18.10.2010 r.** przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Mostostal Warszawa S.A. Wskazał, iż zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą czynności oceny wniosków uczestników postępowania i ich kwalifikacji do dalszego etapu postępowania, co narusza interes Przystępującego gdyż może mieć wpływ na pozbawienie go możliwości udziału w postępowaniu, a w konsekwencji na pozbawienie możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu oceny wniosków uczestników postępowania, w ocenie Odwołującego, poprzez przyjęcie niezdefiniowanego w ogłoszeniu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny wniosków powodując w konsekwencji wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego oraz nie zapewnieniu jawności postępowania polegającego, w ocenie Odwołującego, na nie udokumentowaniu sposobu podejmowania decyzji w odniesieniu do poszczególnych wykonawców w zakresie oceny wniosków.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, wnioskami złożonymi w postępowaniu przez poszczególnych wykonawców, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, stanowiskiem Przystępującego i Zamawiającego, po

12

wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, iż odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Izba ustaliła ponadto, iż do postępowania wywołanego odwołaniem skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca Mostostal Warszawa S.A.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści wniosków złożonych w postępowaniu przez poszczególnych wykonawców, korespondencji prowadzonej w ramach postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiedzi

Zamawiającego na odwołanie oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba nie dopuściła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z przesłuchania świadków w osobach Marii K. oraz Kazimierza K. (pracowników Odwołującego, jak również Dariusza M. (radcy prawnego współpracującego z Odwołującym). Po pierwsze Izba wskazuje, iż pani Maria K. została ustanowiona pełnomocnikiem Odwołującego. Dyskusyjna jest wiarygodność takiego świadka, który uczestniczy w rozprawie i zna stanowiska stron, a także może ukierunkować swoje informacje o faktach, w sposób korzystny dla strony, którą reprezentuje znając jednocześnie stanowisko drugiej strony. Rodzi to wątpliwości, co do obiektywizmu i bezstronności takiego świadka, a zatem także, co do zasadności jego powołania. W odniesieniu do pozostałych osób Izba uznała, iż połączenie powyższego

13

wniosku wraz z wnioskiem o odroczenie rozprawy wskazuje, iż zostały one przywołane jedynie dla zwłoki. Odwołujący w uzasadnieniu powyższego wniosku wskazał, że powyższy wniosek dotyczy zarzutu braku jawności postępowania i okoliczności, że informacje, które prace zostały zaliczone przez Zamawiającego (prace referencyjne) nie zostały udostępnione w trakcie wizji dokonanej przez przedstawicieli Odwołującego w dniu 11.10.2010 r. Jednakże sam Odwołujący na rozprawie przyznał, że co do swojej oferty uzyskał informacje o pracach, których Zamawiający nie uznał za referencyjne z pisma z dnia 04.10.2010r., a więc wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w odwołaniu Zamawiający dokonał badania prac pod względem ich zgodności z postawionym warunkiem w zakresie doświadczenia i informacje takie przekazał wykonawcom, których wykazy badań. Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający był zobowiązany takie informacje przekazać także innym wykonawcom. Izba ponadto wskazuje w odniesieniu do powyższego wniosku, iż Odwołujący nie wykazał, że wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie takich informacji, w stosunku do pozostałych wykonawców, co wskazuje, iż brak jest podstaw do uznania, że taki obowiązek po stronie Zamawiającego istniał.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci treści ogłoszenia o zamówieniu, treści wniosków złożonych w postępowaniu, korespondencji prowadzonej w ramach postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone.

W odniesieniu do powyższego Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Odwołujący w treści wniesionego odwołania zawarł żądanie unieważnienia postępowania wskazując, iż postępowanie dotknięte jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto w doniesieniu do powyższego stanowiska Odwołujący wskazał, iż w chwili obecnej żadne działania Zamawiającego podejmowane w

14

trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie umożliwiają Odwołującemu wykazanie się pracami innymi niż te, których wprost oczekiwał Zamawiający w ogłoszeniu.

Po drugie Izba ustaliła, iż Odwołujący w toku rozprawy w całej rozciągłości podtrzymał sformułowane w treści odwołania żądanie wraz z podniesioną na jego uzasadnienie argumentacją.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Odwołujący spełnia wymagane warunki udziału w postępowaniu i zajął w rankingu 9 miejsce, co poskutkowało nie zaproszeniem Odwołującego do złożenia oferty wstępnej i w konsekwencji uznaniem za wykluczonego w oparciu o art. 57 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba wskazuje, iż nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. dokonano implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych. W świetle art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Państwa Członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Powyższy przepis dyrektywy odwoławczej znalazł swoje odzwierciedlenie w treści art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niniejszy przepis ustawy uległ zmianie w szczególności poprzez rezygnację przez ustawodawcę z interesu prawnego na rzecz pojęcia – „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”. W świetle nowych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże, łącznie spełnienie następujących przesłanek, tj. wykaże, że:

- 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę

15

a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż ustawodawca posługuje się pojęciem „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, co oznacza że Odwołujący zobowiązany jest do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, tj. wykazania, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu posiada potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do konkretnego postępowania w konkretnym stanie faktycznym. Ponadto, na co wskazuje treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący jednocześnie zobowiązany jest do wykazania, że poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Jednocześnie interes ten winien dotyczyć tego wykonawcy, który korzysta ze środka ochrony prawnej, w ramach którego dochodzi do badania istnienia tego interesu i nie sposób uznać, iż zakres podmiotowy normy prawnej wyrażonej w art. 179 ust. 2 ustawy Pzp mógłby obejmować innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, bądź odnosić się do szerszego kręgu podmiotów.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż ustawodawca posługuje się pojęciem „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, co oznacza że Odwołujący zobowiązany jest do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, tj. wykazania, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu posiada potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do konkretnego postępowania w konkretnym stanie faktycznym. Ponadto, na co wskazuje treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący jednocześnie zobowiązany jest do wykazania, że poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby w trakcie badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej istotną rolę odgrywają sformułowane przez podmiot wnoszący odwołanie żądania. Wszakże żądania wskazują, jakimi intencjami kieruje się podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej, tj. wskazują jakiego rozstrzygnięcia postępowania życzyłby sobie ten podmiot w wyniku uwzględnienia wniesionego środka odwoławczego. W przedmiotowym stanie faktycznym jedynym postulatem podniesionym przez Odwołującego jest żądanie unieważnienia postępowania, tj. Odwołujący wskazuje wprost, iż jedynym rozstrzygnięciem, które może uczynić zadość jego interesom jest nakazanie unieważnienia postępowania. Odwołujący w treści odwołania uzasadnia istnienie interesu wskazując, że został pozbawiony możliwości złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu i dalszego ubiegania się o

16

udzielenie zamówienia, pomimo złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający ogłoszeniu o zamówieniu, jednakże Odwołujący nie żąda unieważnienia tej czynności i powtórzenia czynności badania i oceny wniosków przez Zamawiającego. Izba wskazuje, iż w kontekście art. 179 ust. 1 ustawy Pzp żądanie unieważnienia postępowania nie prowadzi do udzielenia zamówienia podmiotowi wnoszącemu odwołanie, lecz zmierza jedynie do unicestwienia postępowania jako takiego. Wszakże art. 179 ust. 1 ustawy Pzp istnienie interesu łączy bezpośrednio z uzyskaniem danego zamówienia, a więc wiąże go z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego dochodzi do skorzystania przez podmiot, co do którego zachodzi badanie istnienia po jego stronie interesu, ze środków ochrony prawnej. Odwołujący, wobec wykluczenia go z postępowania, nie żąda unieważnienia tej czynności przez Zamawiającego, co wskazuje, iż nie jest zainteresowany dalszym uczestnictwem w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Działanie takie jest natomiast przejawem dążenia Odwołującego do uzyskania przedmiotowego zamówienia na swoją rzecz, po ewentualnym unieważnieniu danego postępowania i ogłoszeniu nowego - obejmującego ten sam przedmiot zamówienia.

Izba nie dopatrzyła się istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe jest konsekwencją dookreślenia przez Odwołującego w treści odwołania oraz doprecyzowania w toku rozprawy żądania obejmującego unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe żądanie jest jedynym zaakcentowanym w treści odwołania. Izba w odniesieniu do powyższego wskazuje, że formułowanie zarzutów i żądań w odwołaniu nie może być przypadkowe, gdyż tego rodzaju elementy odwołania winny być podnoszone z pełną świadomością i odpowiedzialnością za ich ewentualne konsekwencje. Ponadto Odwołujący w toku rozprawy poparł żądanie zawarte w odwołaniu wskazując jednocześnie, iż konieczne jest powtórzenie całego postępowania, gdyż umowa która miałaby zostać zawarta byłaby obciążona wadą i sanowanie czynności Zamawiającego nie jest możliwe na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak również nie jest możliwe złożenie ponownych wniosków i tym bardziej zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu. W odniesieniu do powyższego Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w toku rozprawy, że domaganie się unieważnienia postępowania nie sposób uznać jako wykazania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej. Zatem podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej, który jednocześnie ubiega się o udzielenie danego zamówienia publicznego, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może mieć zatem interesu tylko i wyłącznie w unieważnieniu postępowania. Powyższy pogląd został wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 maja 2008 r. (sygn. akt V Ca 927/08).

17

Takie żądanie w niniejszych okolicznościach faktycznych można by było uznać za dopuszczalne, ale jedynie jako żądanie alternatywne – nie zaś jako żądanie zasadnicze.

Izba nie podziela argumentu Odwołującego, iż jego żądanie jest podyktowane brakiem możliwości rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba w niniejszym składzie stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał, że przedmiotowe postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą

uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Brak wykazania istnienia tego rodzaju wad powoduje, iż Izba nie widzi braku możliwości udzielenia zamówienia w niniejszym postępowaniu któremukolwiek wykonawcy, i tym samym braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż Odwołujący przedmiotem zarzutów nie uczynił art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp pomimo faktu, iż w treści uzasadnienia wskazał, iż postępowanie winno zostać unieważnione właśnie w oparciu o przesłankę uregulowaną w powyższym przepisie. Brak takiego zarzutu powoduje, iż nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp byłoby sprzeczne z normą prawną wyrażoną w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Wszakże zarzuty zawarte w odwołaniu nie odnoszą się do zaniechania unieważnienia postępowania, lecz do dokonanych przez Zamawiającego czynności polegających na ocenie wniosków oraz na zaniechaniu polegającym na nie udokumentowaniu sposobu podejmowania decyzji w odniesieniu do poszczególnych wykonawców. W dalszej kolejności Odwołujący w treści odwołania wskazuje, iż powyższe czynności i zaniechania doprowadziły do wykluczenia Odwołującego z postępowania uniemożliwiając złożenie przez niego oferty i tym samym jego dalszy udział w przedmiotowym postępowaniu. Wskazuje również, że wykluczenie z postępowania naraża Odwołującego na szkodę w postaci utraconych korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby uczestniczył w dalszym postępowaniu i miał możliwość uzyskania zamówienia. W ocenie Izby sformułowane w treści odwołania żądania winny być powiązane z podniesionymi zarzutami, nie zaś całkowicie od nich oderwane. Trudno jest bowiem upatrywać realizacji zamiaru jakim jest uzyskanie zamówienia przez Odwołującego poprzez żądanie unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby, niezależnie od słuszności powyższych twierdzeń, postulaty zmierzające do unieważnienia postępowania zawarte we wniesionym odwołaniu wskazują wprost, iż Odwołujący w możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej nie upatruje drogi do uzyskania zamówienia w danym postępowaniu, lecz uzyskania możliwości udziału

w kolejnym postępowaniu wszczętym przez tego samego Zamawiającego, którego przedmiot będzie identyczny i którego reguły będą mogły być od nowa weryfikowane na drodze odwołania. Wniesienie środka ochrony prawnej tylko i wyłącznie w celu unieważnienia postępowania odbiera Odwołującemu prawo do uzyskania korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia w postaci orzeczenia uwzględniającego odwołanie. Wszakże nie sposób ustalić, czy kolejne postępowanie zostałoby przez Zamawiającego wszczęte, a nawet jeżeli doszłoby do jego wszczęcia brak jest gwarancji, czy trybem tym byłby tryb konkurencyjny.

Izba ponadto pragnie wskazać, iż Odwołujący w treści odwołania kwestionuje czynności Zamawiającego obejmujące ocenę i kwalifikację złożonych w postępowaniu wniosków jedynie do wykonawców znajdujących się na poz. 1, 3, 4, 5 oraz 6. Zarzuty podniesione w treści odwołania nie odnoszą się do wniosków sklasyfikowanych na pozycjach 2 (ABENER Energia S.A.), 7 (Foster Wheeler Energia Polska Spółka z o.o.) oraz na pozycji 8 (WARBUD S.A. oraz ENERGOSERWIS S.A.). Biorąc pod uwagę fakt, iż wniosek Odwołującego został sklasyfikowany na 9 pozycji nie wykazał on, iż nieuwzględnienie kwestionowanych w odwołaniu pozycji zrealizowanych robót budowlanych pozwoliłoby Odwołującemu na zakwalifikowanie się na którejkolwiek pozycji od 1 do 5.

Biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego zawartą w odwołaniu oraz podniesioną w toku rozprawy nakierowaną, w przeważającej części, na wykazanie zasadności swojego żądania, nie zaś podniesionych w odwołaniu zarzutów należy wskazać, iż Odwołujący nie skupił się na wykazaniu zasadności podniesionych zarzutów, lecz na wykazaniu zasadności oderwanego od nich żądania. Wszakże żądanie winno pozostawać w powiązaniu z podniesionymi w odwołaniu zarzutami i zmierzać do realizacji interesu Odwołującego. Nie sposób zatem przyjąć, iż wnioskowane przez Odwołującego unieważnienie przedmiotowego postępowania stanowi adekwatną drogę zmierzającą do uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Odwołujący kładąc nacisk na argumentację

zasadności swojego żądania wskazał tym samym, iż nie posiada interesu w uzyskaniu danego zamówienia.

Izba w kontekście powyższej argumentacji, skierowanej na uzasadnienie sformułowanego żądania, która została podniesiona przez Odwołującego w treści odwołania oraz w toku rozprawy dopatruje się zgoła innych intencji, niż te które mogłyby w kontekście art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniać do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, zaś uznanie Odwołującego za wykluczonego z postępowania jest wynikiem zajęcia 9 miejsca w rankingu wykonawców w oparciu o dyspozycję art. 57 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający nie miałby obowiązku wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na

19

podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż takie wezwanie może być podyktowane jedynie brakiem dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub złożeniem takich dokumentów zawierających błędy. W odniesieniu do tego etapu postępowania (ocena i badania wniosków) prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp zaliczyć należy jedynie dokumenty składane przez wykonawców na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Takie wezwanie nie może zmierzać do uzyskania wyższego miejsca w rankingu wykonawców poprzez uzupełnienie wykazu robót lub wskutek możliwości skorzystania z instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nie taki jest bowiem cel instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W takich okolicznościach prawnych i faktycznych Odwołujący szansa na udzielenia zamówienia upatruje we wszczęciu przez Zamawiającego nowego postępowania, czego dał wyraz w treści odwołania poprzez sformułowanie żądania nakierowanego na unieważnienie postępowania. Ponadto Odwołujący nie formułuje innych, alternatywnych żądań wskazując wręcz, iż sformułowanie ich nie jest możliwe.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż w opisanym stanie faktycznym skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący nie legitymował się interesem w uzyskaniu zamówienia w korzystaniu z środków ochrony prawnej, o których stanowi treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe miało miejsce już w momencie wniesienia przez Odwołującego środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Odwołujący wnosząc odwołanie i formułując w jego treści swoje żądanie dał wyraz temu, jakiego rozstrzygnięcia oczekuje. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu, niezależnie od zasadności zarzutów wskazanych w odwołaniu, Odwołujący nie wykazał istnienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia ponieważ wniesienie środka ochrony prawnej jest spowodowane chęcią unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wskazuje, że Odwołujący nie wyraża woli dalszego uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji nie wyraża woli uzyskania zamówienia.

Wykonawca, jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należytą starannością poprzez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Do takich działań zaliczyć należy również formułowanie żądań, które zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp powinno określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż w opisanym stanie faktycznym skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący korzystając ze środka ochrony prawnej nie

20

legitymował się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek Izba stwierdziła, iż

odwołanie podlega oddaleniu.

Na marginesie należy wskazać również, iż nawet w przypadku merytorycznego rozpoznania odwołania nie doszłoby do jego uwzględnienia.

Na wstępie Izba pragnie wskazać, w odniesieniu do twierdzeń Odwołującego podniesionych w toku rozprawy, że podniesione w odwołaniu pozycje wykazów zostały wskazane przykładowo oraz w związku z rozszerzeniem zarzutów o nowe podstawy faktyczne, na ściśle powiązanie podniesionych w odwołaniu zarzutów z ich podstawą faktyczną, która powoduje, iż zarzuty te nie mogą być rozpatrywane przez Izbę w oderwaniu od ich podstawy, która jednocześnie stanowi podstawę faktyczną rozstrzygnięcia w zakresie niniejszego zarzutu. Wszakże o istnieniu zarzutu możemy mówić jedynie wówczas, gdy wskazana została jego podstawa faktyczna w postaci czynności lub zaniechania zamawiającego. Należy również wskazać, iż ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności, bądź zaniechania. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej. Zatem Izba poddała ocenie fakt, czy dokonane przez Zamawiającego czynności na etapie oceny i kwalifikacji wniosków (wskazane w treści odwołania) powodują, iż doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto należy wskazać, iż rozszerzenie na etapie rozprawy zarzutów zawartych w odwołaniu o nowe podstawy faktyczne powoduje *de facto* podniesienie nowych zarzutów, gdyż o ich istnieniu decydują dwa czynniki – przepis, który w ocenie odwołującego został naruszony przez zamawiającego oraz sposób jego naruszenia, tj. czynność lub zaniechanie, które stanowi podstawę faktyczną zarzutu. Wskazanie jedynie przepisu, który został przez zamawiającego naruszony nie przesądza o istnieniu zarzutu, gdyż ten winien być wynikiem działania lub zaniechania zamawiającego. Powyższe wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje, iż odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (...). Powyższe wskazuje, iż zarzut zawarty w odwołaniu formułowany jest

21

wobec określonej czynności lub zaniechania czynności, które to działanie lub zaniechanie należy odnieść do konkretnego przepisu ustawy Pzp. W szczególności powyższy przepis należy odnosić do przypadków, gdzie odwołujący wskazuje naruszenie przepisów regulujących zasady udzielania zamówień publicznych, z których to przepisów nie da się dookreślić ściśle sprecyzowanych obowiązków zamawiającego. W przypadku przepisów ustawy Pzp nakładających na zamawiającego określone obowiązki (np. art. 26 ust. 3 – wezwanie do uzupełnienia dokumentów, art. 93 – unieważnienie postępowania) samo wskazanie przepisu może umożliwiać odniesienie go do określonych działań zamawiającego w konkretnym postępowaniu. W ocenie Izby samo wskazanie naruszonego przez zamawiającego przepisu nie powoduje, iż mamy do czynienia z prawidłowo sformułowanym zarzutem. Wszakże naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp może nastąpić m.in. poprzez dokonania opisu przedmiotu zamówienia, sformułowanie kryteriów oceny ofert, określenie warunków udziału w postępowaniu, badanie i ocenę ofert, jak również poprzez czynności wyjaśniania i uzupełniania dokumentów. Zatem brak wskazania podstaw faktycznych w ramach formułowania zarzutu czyni taki zarzut niepełnym i wadliwym. Izba nie ma obowiązku ustalania samodzielnie podstaw faktycznych zarzutów, gdyż takie postępowanie jest sprzeczne z zasadą wyrażoną w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp na skutek dokonania oceny wniosków uczestników postępowania w sposób naruszający powyższy przepis ustawy Pzp poprzez przyjęcie niezdefiniowanego w ogłoszeniu sposobu dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny wniosków powodując w konsekwencji wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego Izba uznała, iż w przypadku merytorycznego rozpoznania niniejszego odwołania również nie zasługiwałby on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby po dokonaniu ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu

stwierdził, co następuje.

Zamawiający w pkt II.2.3. ogłoszenia o zamówieniu określił, że o udział w postępowaniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem może ubiegać się wykonawcy którzy w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie) zrealizował: budowę bloków energetycznych lub modernizację bloków energetycznych obejmujących swym zakresem turbiny o mocy równej lub większej 10 MWe lub kotły. Zamawiający nie żądał w treści ogłoszenia dokumentów potwierdzających, że roboty wskazane na potwierdzenie spełnienia

22

warunku wiedzy i doświadczenia zostały wykonane należycie, jak również nie wskazał sposobu przeliczenia wartości robót wyrażonych w walutach obcych.

Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione przez Odwołującego w treści odwołania odnoszące się do poszczególnych pozycji zawartych we wnioskach złożonych przez pozostałych wykonawców należy wskazać, iż Odwołujący nie wykazał podstaw do nieuwzględnienia pozycji w odniesieniu do wykonawcy PBG S.A. (str. 5 odwołania pkt 1) Jednakże Izba w odniesieniu do powyższego ustaliła, iż Zamawiający uznał wykonawcy PBG S.A. wszystkie pozycje wykazu, co wynika z pisma z dnia 04.10.2010 r. zawierającego informację o wynikach oceny wniosku. Odwołujący kwestionuje w odwołaniu pozycję opisaną w następujący sposób: „modernizacja termicznej spalarni odpadów (posiada blok energetyczny)”. Z ustaleń Izby wynika, iż pozycja taka występuje w uzupełnionym wykazie prac zrealizowanych przez CNIM (podmiot udostępniający swoje zasoby na rzecz PBG S.A.), której wartość wynosi 78.390.250,07 zł netto. Biorąc pod uwagę wartość zaliczonych do rankingu prac dla wykonawcy PBG S.A. (7.731.257.357,07 zł netto – pozycja 1 w rankingu) oraz wartość zaliczonych do rankingu prac dla wykonawcy ABENER Energia S.A. (3.901.800.000,00 zł netto – pozycja 2 w rankingu) potwierdzenie się tego zarzutu nie poskutkowało uwzględnieniem odwołania, gdyż nie miało wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. oraz Energoinstal Katowice S.A. (str. 5 odwołania pkt 2 i 3) wskazał, iż Zamawiający zaliczył prace wykonywane przez te podmioty, lub podmioty udostępniające swoje zasoby w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wyłącznie jako podwykonawcy. W ocenie Izby nie ma znaczenia fakt, czy określony podmiot, który wykazuje swoją wiedzę i doświadczenie nabywa je realizując określone zadanie jako podwykonawca, czy też jako generalny wykonawca. Tego rodzaju rozróżnienia nie zawiera zarówno ustawa Pzp, jak również ogłoszenia o zamówieniu.

Ponadto Izba ustaliła, w odniesieniu do wskazanych przez Odwołującego pozycji wykazu zawartego we wniosku ZRE Katowice S.A. oraz ERBUD S.A. (str. 5 odwołania pkt 4), że Zamawiający nie uwzględnił kwestionowanych przez Odwołującego pozycji, co jednoznacznie wynika z treści pisma z dnia 04.10.2010 r. skierowanego do tychże podmiotów.

W odniesieniu do wskazanego na str. 7 odwołania (lit. A) zarzutu dotyczącego akceptacji przez Zamawiającego kopii oświadczeń podmiotów zobowiązujących się udostępnić wiedzę i doświadczenie wnioskodawcom Izba wskazuje, że gdyby wolą ustawodawcy było wprowadzenie obowiązku składania „pisemnych zobowiązań osób trzecich” wyłącznie poprzez załączenie oryginału takiego dokumentu, to wskazałby skutek niezłożenia tego dokumentu w wymaganej formie jako rygor nieważności. Ustawodawca tak uczynił w odniesieniu do oferty – art. 82 ust. 2 ustawy, czy umowy – art. 139 ust. 2 ustawy, a zgodnie z art. 73 § 1 kc stosowanym na mocy art. 14 ustawy Pzp czynność, dla której

23

ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Skoro zatem ustawodawca takiego rygoru dla „pisemnego zobowiązania osoby trzeciej” nie przewidział, ani również nie objął wprost uprawnieniem do złożenia tego dokumentu w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, jak to uczynił w odniesieniu do dokumentów wymienionych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, to oznacza, że zamawiającym pozostawił w tym zakresie swobodę. Zamawiający akceptując możliwość składania takich oświadczeń w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawców nie

naruszył zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do wskazanego na str. 7 odwołania (lit. B) zarzutu dotyczącego braku określenia sposobu przeliczania prac wykonywanych w innych walutach Izba uznała powyższy zarzut za spóźniony. Powyższy zarzut odnosi się wprost do treści ogłoszenia o zamówieniu i wskazuje na zaniechanie w formułowaniu postanowień tego ogłoszenia. Na marginesie Izba pragnie wskazać, iż Odwołujący nie wykazał jaki wpływ na zachowanie zasad uregulowanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miało powyższe uchybienie. Wskazana jako przykładowa praca wykonywana na rzecz Vattenfall Rostock Niemcy (wskazana we wnioskach PBG S.A. oraz ENERGOINSTAL S.A.), jak wskazał Zamawiający nie jest tożsamym zadaniem inwestycyjnym. Zadanie wskazane we wniosku PBG S.A. realizowane na rzecz Vattenfall Rostock Niemcy przez CLEANTECH obejmowało okres 2008-2010 i kocioł o mocy 20 MWe, zaś wskazany projekt we wniosku ENERGOINSTAL S.A. realizowany na rzecz Vattenfall Rostock Niemcy przez KAB Takuma obejmował okres od 20.10.2006 do 12.02.2010 i blok energetyczny o mocy 87MW. Oznacza to, iż wskazane przez Odwołującego zadania nie są tożsame i tym samym różna może być ich wartość.

W odniesieniu do wskazanego na str. 8 odwołania (lit. C) zarzutu dotyczącego braku żądania referencji udzielonych przez inwestorów Izba uznała powyższy zarzut za spóźniony. Powyższy zarzut odnosi się wprost do treści ogłoszenia o zamówieniu i wskazuje na zaniechanie w formułowaniu postanowień tego ogłoszenia. Na marginesie Izba pragnie wskazać, iż Odwołujący nie wykazał jaki wpływ na zachowanie zasad uregulowanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miało powyższe uchybienie. Odwołujący wskazuje jedynie, iż brak dokumentów potwierdzających, że wskazane roboty zostały wykonane należycie uniemożliwia dokonanie weryfikacji poprawności i prawdziwości oświadczeń poszczególnych wnioskodawców. W tym zakresie Odwołujący oparł swoją argumentację jedynie na przypuszczeniach wskazując, że wątpliwości budzą informacje podawane w poszczególnych pozycjach wykazów. Izba w odniesieniu do powyższego wskazuje, iż z treści dokumentów potwierdzających, że określone roboty zostały wykonane w sposób należyty nie musi wynikać szczegółowy zakres zadania inwestycyjnego. Wobec powyższego dokumenty takie (listy

24

referencyjne, listy polecające) nie służą do weryfikacji prawdziwości oświadczeń złożonych w toku postępowania przez wykonawców.

W odniesieniu do wskazanego na str. 8 odwołania (lit. D) zarzutu dotyczącego różnych wartości prac zaliczonych dla poszczególnych wykonawców Izba wskazuje, iż powyższy zarzut opiera się jedynie na przypuszczeniach Odwołującego. Odwołujący nie wykazał, iż kwestionowane przez niego we wnioskach PBG S.A. oraz ZRE Katowice S.A. pozycje zrealizowane przez DP CLEANTECH są pozycjami tożsamymi i tym samym ich wartość powinna być identyczna. Jednakże, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, powyższe rozbieżności zostały wyjaśnione przez wykonawców w drodze uzupełnienia wykazów. W odpowiedzi na powyższe wezwanie zarówno wykonawca PBG S.A. (pismem z dnia 30.09.2010 r.) jak również wykonawca ZRE Katowice S.A. (pismem z dnia 29.09.2010 r.) uzupełnili wykazy zadań dla DP CLEANTECH. Wobec powyższego Izba uznała, iż Odwołujący formułując powyższy zarzut nie uwzględnił faktu, iż dane te były przedmiotem wezwania ze strony Zamawiającego.

W odniesieniu do wskazanego na str. 9 odwołania (lit. E) zarzutu dotyczącego uznania przez Zamawiającego prac zrealizowanych przed dniem 22.07.2010 r. (tj. dniem wszczęcia postępowania) Izba wskazuje, iż Zamawiający w toku rozprawy uznał powyższy zarzut w odniesieniu do wykonawcy RAFAKO S.A. Jednakże podniósł jednocześnie, iż jego ewentualne uwzględnienie nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Odwołujący wskazał, iż zadania wykazane w dwóch pierwszych pozycjach wykazu zawartym we wniosku wykonawcy RAFAKO S.A. zakończyły się przed dniem 22.07.2010 r. Izba w odniesieniu do powyższego ustaliła, iż łączna wartość kwestionowanych pozycji wynosi 38.408.301,41 zł netto, co przy uznanej przez Zamawiającego ogólnej wartości robót dla wykonawcy RAFAKO S.A. wynoszącej 2.686.836.078,13 zł netto nie ma wpływu na kolejność w rankingu wniosków, gdyż w doniesieniu do następnego w kolejności wniosku nr 4 wykonawcy ENERGOINSTAL S.A. Zamawiający zaliczyła prace o wartości 1.468.135.240,00 zł netto. Wobec powyższego Izba wskazuje, iż potwierdzenie się tego zarzutu nie poskutkowałoby uwzględnieniem odwołania, gdyż nie miałoby wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy strony są zobowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Wobec powyższego Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał w dopuszczalny w ustawie Pzp sposób, iż to sposób dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny wniosków spowodował wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu. Wszakże Odwołujący w toku rozprawy przyznał, iż wskazane w odwołaniu podstawy faktyczne zarzutów zostały podane przykładowo. Ponadto Odwołujący wskazał, iż w oparciu dokonaną w toku rozprawy analizę skierowanych do poszczególnych wykonawców pism (całości korespondencji) powziął

25

wątpliwości, czy wartość wskazana w wykazach zawartych w poszczególnych wnioskach jest wartością całego zadania inwestycyjnego, czy jedynie wartością prac zrealizowanych przez poszczególnych wykonawców. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż Odwołujący swoje twierdzenia opiera tylko na domniemaniach i przypuszczeniach.

Charakter postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, mający swoje zasadnicze źródło w przepisach regulujących prawo cywilne, obciąża strony obowiązkiem wykazania, a tym samym udowodnienia faktów i twierdzeń z których strona wywodzi skutki prawne (art. 6 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp). Powyższy obowiązek wprost reguluje art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu skutkami tymi jest uznanie, że na skutek dokonania w sposób wadliwy, jak twierdzi Odwołujący, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny wniosków przez Zamawiającego doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), co mogłoby w dalszej kolejności doprowadzić do uznania i uwzględnienia tychże zarzutów. Mając na uwadze sformułowane przez Odwołującego podstawy faktyczne zarzutów, a więc dokonane przez Zamawiającego czynności, na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania, że czynności te zostały dokonane w sposób nieprawidłowy, naruszając tym samym zasady uregulowane w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dopiero wykazanie powyższych okoliczności mogłoby doprowadzić do uznania, iż Zamawiający dokonując czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny wniosków spowodował w konsekwencji wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W powyższym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, zaś wszelkie zarzuty zawarte w odwołaniu oparł jedynie na domniemaniach wynikających z określonego rozumienia postawionego w postępowaniu warunku w zakresie doświadczenia.

Izba pragnie również wskazać na brak konsekwencji w argumentacji Odwołującego, gdyż z jednej strony wskazuje on, iż warunek w zakresie wymaganego doświadczenia określony w pkt III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu należy uznać za jasny i klarowny jednocześnie wskazując, iż w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie określił w sposób dostatecznie precyzyjny sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny wniosków.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w okolicznościach wskazanych przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszłoby do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp na skutek dokonania oceny wniosków uczestników postępowania w sposób naruszający powyższy przepis ustawy Pzp poprzez przyjęcie niezdefiniowanego w ogłoszeniu sposobu dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny wniosków powodując w konsekwencji wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego.

26

II. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp na skutek dokonania oceny wniosków uczestników postępowania w sposób naruszający powyższy przepis ustawy Pzp poprzez przyjęcie niezdefiniowanego w ogłoszeniu sposobu dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny wniosków powodując w konsekwencji wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego Izba uznała, iż w przypadku merytorycznego rozpoznania niniejszego odwołania również nie zasługiwałby on na uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp odnosi się do obligatoryjnych postanowień ogłoszenia o zamówieniu i mógłby on być przedmiotem odwołania, którego treść

odnosiłaby się do postanowień ogłoszenia o zamówieniu. Jednakże zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu w niniejszym postępowaniu zostało opublikowane w dniu 27.07.2010 r.

Tym samym argumentacja Odwołującego wraz z przytoczonymi na jej potwierdzenie wnioskami dowodowymi w zakresie adekwatności warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz poprawności jego sformułowania została przez Izbę pominięta, ze względu na brak związku z zarzutami sformułowanymi w treści odwołania i ze względu na upływ terminu wniesienia środka ochrony prawnej w tym zakresie. Wobec powyższego zarzut ten należy uznać za spóźniony.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w okolicznościach wskazanych przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszłoby do naruszenia przez Zamawiającego art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp na skutek dokonania oceny wniosków uczestników postępowania w sposób naruszający powyższy przepis ustawy Pzp poprzez przyjęcie niezdefiniowanego w ogłoszeniu sposobu dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny wniosków powodując w konsekwencji wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego.

III. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i art. 96 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie jawności postępowania w sposób wymagany zgodnie z powyższymi przepisami polegający na nie udokumentowaniu sposobu podejmowania decyzji w odniesieniu do poszczególnych wykonawców w zakresie oceny ich wniosków Izba uznała, iż w przypadku merytorycznego rozpoznania niniejszego odwołania również nie zasługiwałby on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby po dokonaniu ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu stwierdził, co następuje.

27

Po pierwsze Izba ustaliła, że Zamawiający przekazując informację o wynikach oceny wniosków podał poszczególne pozycje wykazów, które nie zostały uznane do kwalifikacji punktowej. Jednakże powyższe informacje nie zostały udostępnione wszystkim wykonawcom lecz jedynie tym, których ta informacja dotyczyła.

Izba ustaliła również, iż Odwołujący w dniu 11.10.2010 r. dokonała w siedzibie Zamawiającego wglądu w dokumentację postępowania.

Skład orzekający Izby po dokonaniu ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu stwierdził, co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał jaki wpływ na czynności przedsiębrane i dokonane przez Zamawiającego w toku postępowania ma brak informacji o sposobie podejmowania decyzji w odniesieniu do poszczególnych wykonawców w zakresie oceny ich wniosków.

Izba wskazuje, iż art. 57 ust. 1 ustawy Pzp określa jedynie, iż Zamawiający winien w sposób niezwłoczny poinformować wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Izba ustaliła, iż Zamawiający uczynił zadość powyższemu obowiązkowi przekazując wszystkim wykonawcom wyniki oceny, jak również zastosował się do dyspozycji art. 57 ust. 3 ustawy Pzp informując o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Izba wskazuje również, iż Odwołujący nie wykazał, że wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów zawierających informacje o sposobie podejmowania decyzji w odniesieniu do poszczególnych wykonawców w zakresie oceny ich wniosków. Nie sposób również uznać, iż nie mógł posiadać wiedzy o tym, że takie informacje zostały przez Zamawiającego zawarte w pismach z dnia 04.10.2010 r. Wszakże treść skierowanych do Odwołującego pism z dnia 04.10.2010 r. (znak EKO/DN/4958/2010 oraz EKO/DN/4945/2010) wskazuje, iż Zamawiający w piśmie odnoszącym się do każdego z wykonawców z osobna zawarł informację, które pozycje wykazu zostały uwzględnione w czynnościach kwalifikacji punktowej wniosków. W ocenie Izby dopiero pozostawienie przez Zamawiającego takiego wniosku bez rozpoznania mogłoby prowadzić do uznania, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 8 ust. 1 i art. 96 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie jawności postępowania. Wszakże Odwołujący nie udowodnił, iż

takie czynności nie zostały przez Zamawiającego udokumentowane, jak również nie udowodnił, że pomimo ich udokumentowania nie zostały przekazane na jego wniosek.

Izba wskazuje ponadto, iż obecnie obowiązująca ustawa nie wiąże tak daleko idących skutków w związku z brakiem udokumentowania decyzji w odniesieniu do poszczególnych wykonawców w zakresie oceny ich wniosków, jakie wywodzi z tego faktu Odwołujący. Odwołujący wskazuje, iż z treści udostępnionego protokołu nie wynika które z prac

28

zgłaszanych przez poszczególnych wykonawców zostały przez Zamawiającego zaakceptowane, a które nie. Jednakże ustawa Pzp nie określa terminu, w którym Zamawiający jest obowiązany do sporządzenia protokołu postępowania. Ustawodawca w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp określił jedynie, iż zamawiający sporządza pisemny protokół w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, zgodnie z art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, m.in. korespondencja pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.

Tym samym Odwołujący nie wykazał podstaw prawnych obowiązków, których nie dochowanie zarzucił Zamawiającemu, jak również nie wykazał wpływu braku informacji o sposobie podejmowania decyzji w odniesieniu do poszczególnych wykonawców w zakresie oceny ich wniosków na naruszenie art. 8 ust. 1 i 96 ustawy Pzp i wpływu tego zaniechania na wynik przedmiotowego postępowania.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w okolicznościach wskazanych przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszłoby do naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i art. 96 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie jawności postępowania w sposób wymagany zgodnie z powyższymi przepisami polegający na nie udokumentowaniu sposobu podejmowania decyzji w odniesieniu do poszczególnych wykonawców w zakresie oceny ich wniosków

Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, niezależnie od zasadności postawionych w odwołaniu zarzutów niniejsze odwołanie zostało oddalone.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 oraz ust. 4.

29

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

30